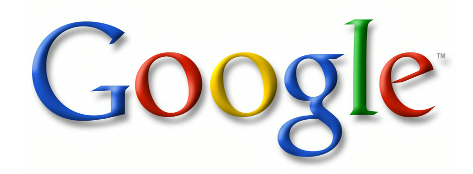
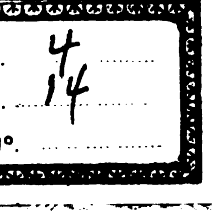
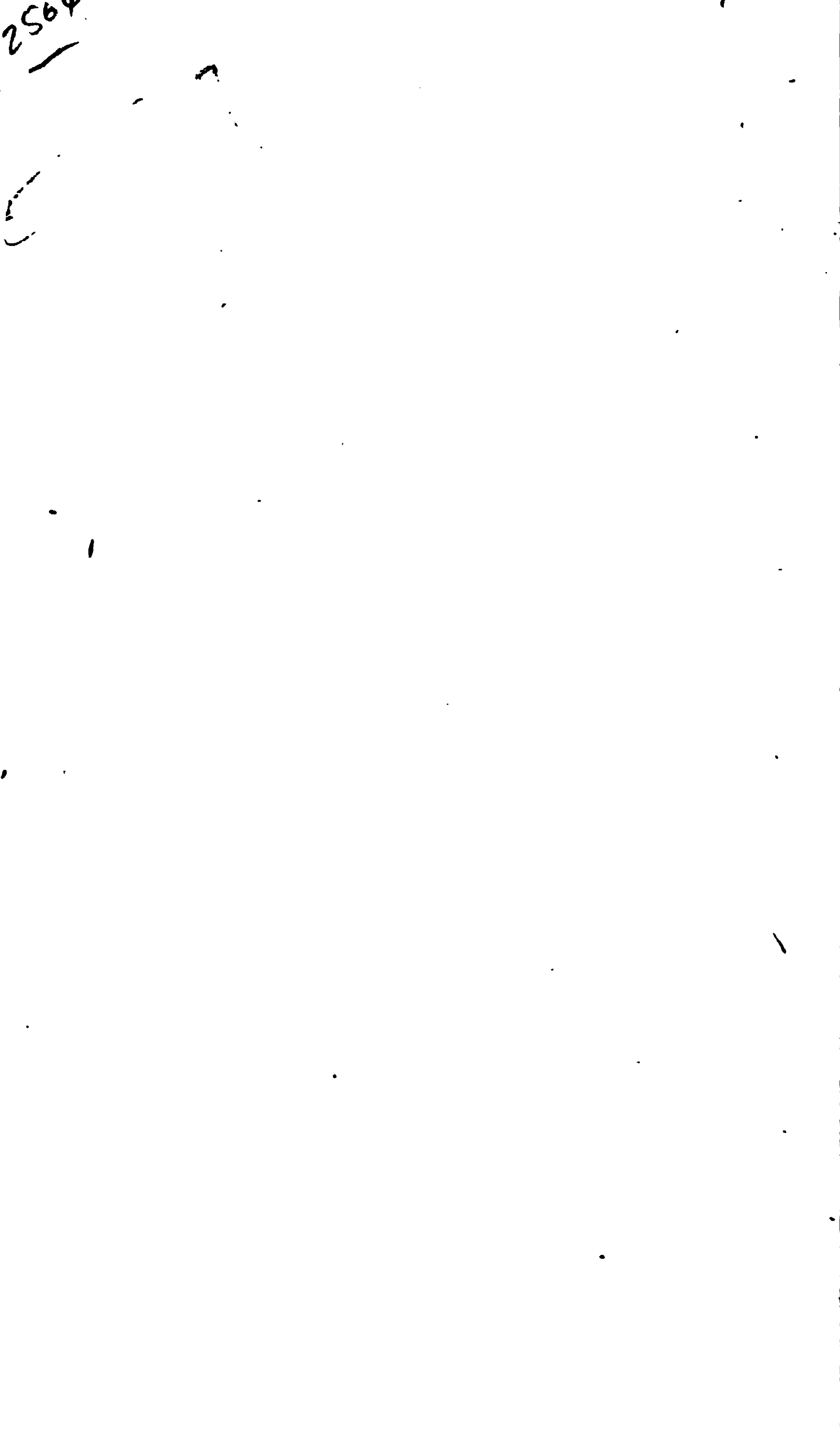
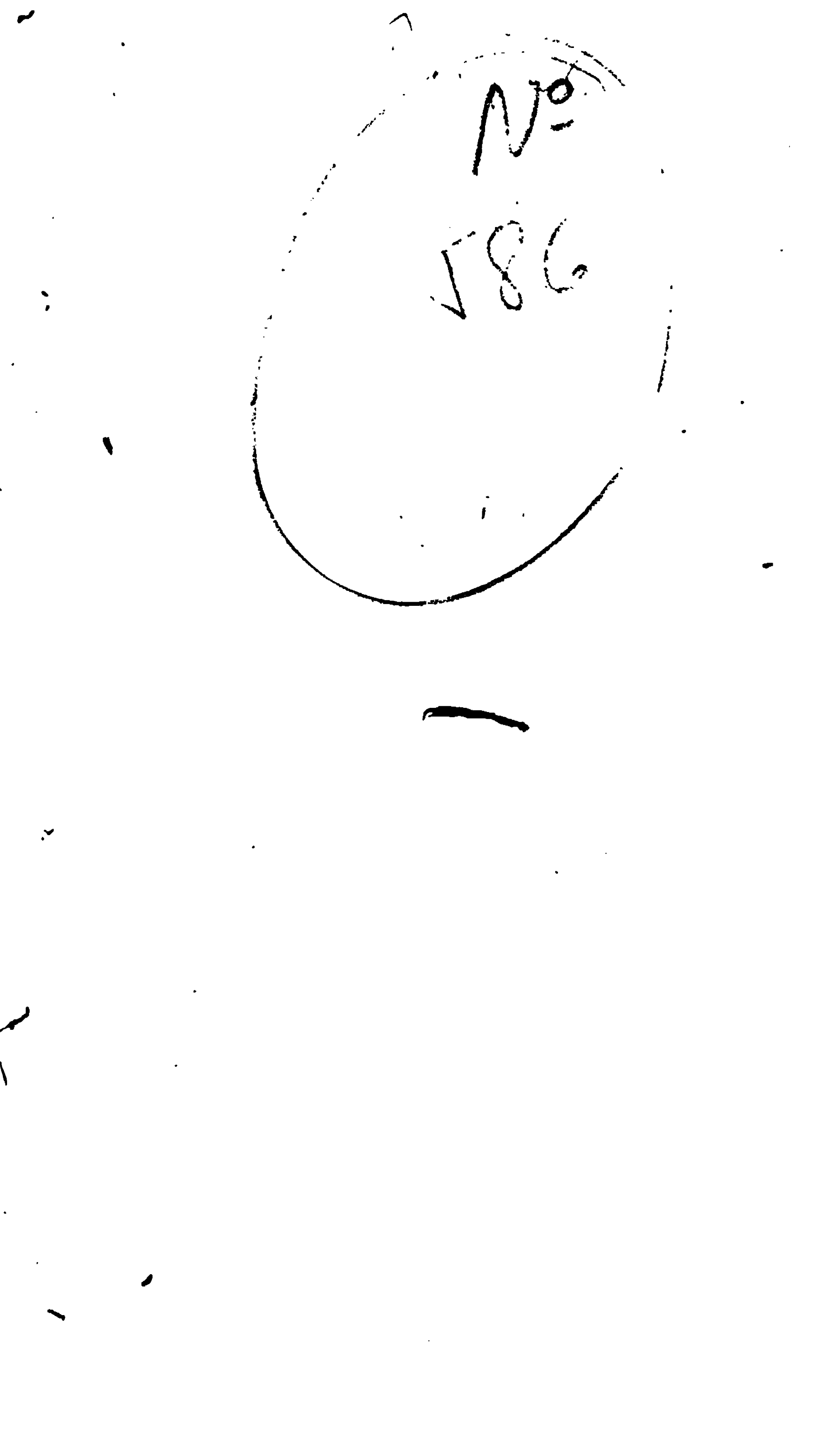





4
14




No
586

Prontuario
DE
PRACTICA FORENSE

POR EL DOCTOR

D. MANUEL ANTONIO CASTRO

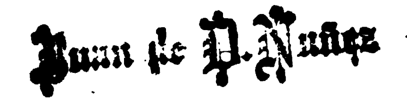
PRESIDENTE PERPETUO QUE FUE

DEL

Superior Tribunal de Justicia

DE BUENOS AIRES.

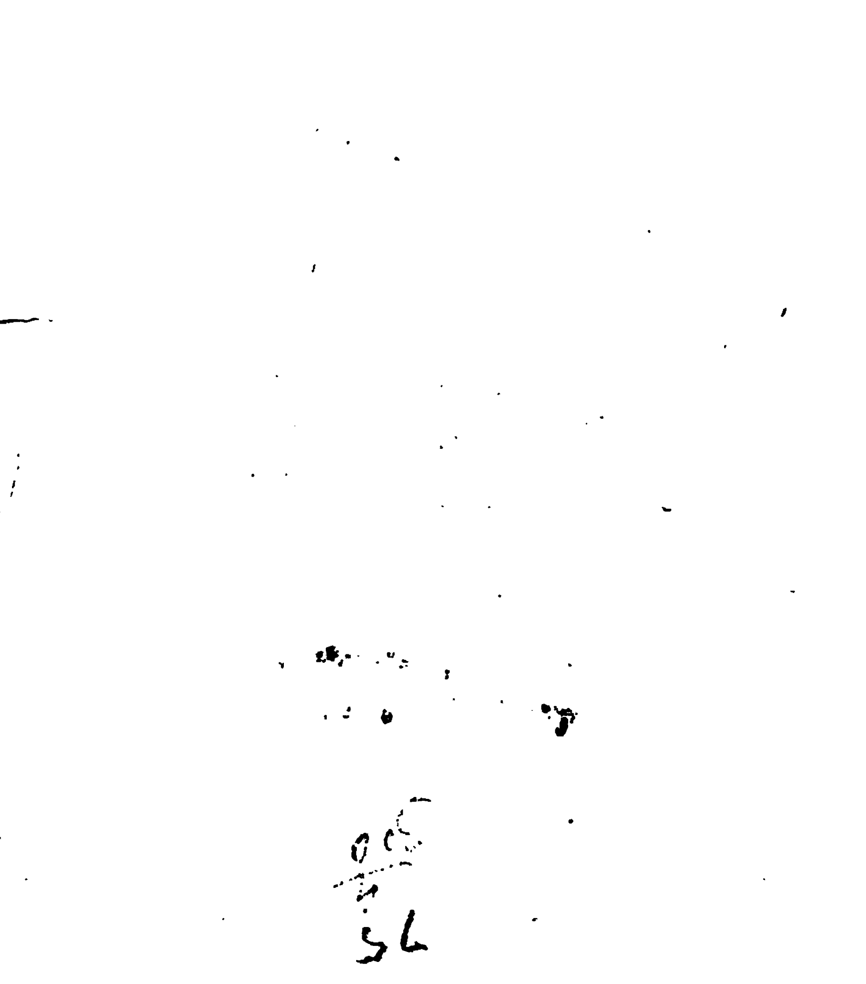




BUENOS AIRES.

IMPRENTA DE LA INDEPENDENCIA.

1834.



ADVERTENCIA DE LOS EDITORES.

El autor habia dejado esta obra sin revisarla, y aun puede decirse como en borrador. Al encargarnos de su edicion, nuestro primer cuidado ha sido rectificar las citas en que el Dr. Castro fundaba el texto. Tenia el manuscrito á este respecto innumerables equivôcaciones. Todas ellas han sido tan escrupulosamente corregidas, que podemos asegurar no se encontrará una sola cita falsa ó errada. En muchas partes el autor establecia importantes decisiones sin fundarlas en leyes ni en autoridad; nosotros hemos citado la ley correspondiente, ó el autor que enseña igual doctrina. Hemos usado para esto de los prâcticos mas clásicos, como la Curia, Cañada, Febrero &a. *Cuando citamos á este último, nos referimos á la edicion de* 1828 *en* 10 *tomos, hecha por el Dr. Tapia. Las citas agregadas son todas aquellas que no están señaladas con las letras del abecedario.*

Leyes posteriores al tiempo en que el autor escribia habian variado el derecho en algunas materias importantes. Las hemos citado al principio de los capítulos, ó donde la obra las pedia. Hemos querido mas bien hacer estas referencias, que alterar las doctrinas del autor. Ellas precisamente deben verse, porque estando solo á lo que espone la obra, se tomarian conocimientos equivocados.

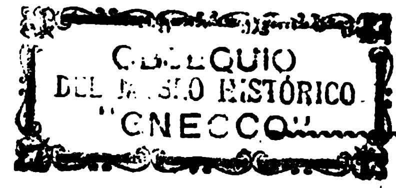
las constituciones que aun la rigen. Fué su director perpetuo, y se le viò asistir á ella hasta en sus últimos dias. Para esta academia trabajò la presente obra. En 1816, el Gobierno le ocupó en una importante mision para ante el Congreso General reunido en Tucuman. En 1817, fuè nombrado Gobernador de la provincia de Còrdoba. Uno de sus primeros cuidados fuè reformar el plan de estudios de la Universidad. Fundó tambien la Biblioteca pùblica de aquella ciudad. Cuando por enfermedad de su muger obtuvo una licencia temporal para venir á Buenos Aires, la Universidad decia de èl al Supremo Director en oficio de 1.º de Diciembre de 1818: "En su go-
" bierno ha llenado todos los deberes de un ma-
" gistrado sabio, justo, y prudente. Desde el ins-
" tante de su llegada se le vió infatigable en tra-
" bajar por restablecer el órden, la armonia y la
" paz: consultar la integridad y la defensa de la
" provincia: proteger el honor y la seguridad in-
" dividual, y el primero en respetar al buen ciu-
" dadano, como el primero en perseguir y castigar
" al delincuente....En año y medio que ha durado
" su gobierno no se ha visto por un momento per-
" turbada la tranquilidad pùblica: á nadie se ha
" puesto una contribucion violenta: á nadie se ha
" oprimido, ni se han atropellado los sagrados
" derechos de seguridad, mucho menos el honor
" y propiedades individuales: á nadie se le vió

" ausentarse de su familia ó de su hogar huyendo
" de persecuciones....

Permaneció en el gobierno de Córdoba hasta Enero de 1820 en que el ejército del Perù se sublevó contra las autoridades nacionales. Antes de esta época se habia dado la constitucion de la República, y el Dr. Castro fué electo Senador por las provincias de Salta, Córdoba y Cuyo. Habiendo regresado à Buenos Aires, la Sala de Representantes le repuso en el empleo que tenia en la Cámara de Justicia, y al poco tiempo fuè nombrado Presidente perpètuo de este tribunal. Otras circunstancias y otros destinos le esperaban para manifestar la magnitud de sus talentos. El pueblo de Buenos Aires le eligió por uno de sus representantes para el Congreso Nacional que se instaló el año de 1824. Fuè el primer Presidente de aquella ilustre Asamblea, en la cual se hizo necesario para todos los trabajos y debates importantes. Al discutirse la constitucion, el Dr. Castro que habia tenido una parte muy considerable en su formacion, y que especialmente habia redactado todo lo concerniente al poder judiciario, fué encargado de sostener la discusion de toda ella. Esta circunstancia le dió ocasion de manifestar que era tan profundo político, como sábio jurisconsulto. El formó tambien el manifiesto que acompaña à la Constitucion, obra que hace

honor al cuerpo mismo en cuyo nombre se diò. El Congreso le eligió para que à su nombre presentase al pueblo de Mendoza la Constitucion sancionada. Disuelto el Congreso, el Dr. Castro continuó de Presidente de la Càmara de Justicia hasta 1832 en que falleciò à la edad de 60 años. Este hombre, que obtuvo los primeros empleos y que por cerca de 20 años fuè miembro de un tribunal superior, no ha dejado á su viuda è hijos patrimonio alguno.

PRACTICA FORENSE.



TRATADO I.°

ORDEN Y FORMA DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO.

Capítulo I.°

DEL JUICIO EN GENERAL, Y DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL.

1. El fin de la justicia es dar á cada uno lo que es suyo. El objeto de los pleitos ó contiendas judiciales es dirijido à obtener el que las suscita, lo que cree pertenecerle en justicia por medio de la autoridad pública.

2. Juicio, segun se esplica la ley de Partida (a) es *mandamiento, que el judgador face á alguna de las partes en razon del pleito, que promueven antel.* Así. el simple mandamiento que no recayere sobre pleito movido, sustanciado, y conocido entre partes, no puede llamarse juicio.

(a) L. 1.ª tít. 22 Part. 3.ª

3. La definicion espuesta solo conviene en rigor á la sentencia, sea definitiva, interlocutoria, ó mista; pero en sentido lato regularmente se entiende por juicio todo el procedimiento que resulta de la audiencia, prueba, y sentencia.

4. En este sentido, y atenta su naturaleza el juicio se divide en civil, criminal y misto. Juicio civil es en el que se procede por accion civil, que no trae orígen de delito, ó aunque nasca de delito, se trata del interés civil aplicado â la parte. (*) Criminal es en el que se procede por acusacion sobre delito, y se pide la pena correspondiente á la satisfaccion de la vindicta pública, ó la pecuniaria aplicable al Fisco. (†) Misto es, en el que se trata del interés civil, y al mismo tiempo de la pena. (‡)

5. Por razon de la forma y modo de proceder se divide el juicio en ordinario, extraordinario, y sumario. Ordinario es aquel en que se procede mediante accion, ó acusacion verdadera, guardando el òrden, y solemnidades prescriptas por derecho. Extraordinario es, cuando no se procede por accion verdadera, sino de oficio del juez sin guardar el orden de derecho, como para muchos casos està dispuesto por las leyes. Sumario es en el que se procede breve y simplemente, dé plano y sin figura de juicio. (‡‡)

6. Instancia es la ejercitacion de la accion en juicio despues de la contestacion hasta la sentencia definitiva. Y como la accion puede ejercitarse por primera demanda, en grado de apelacion, y en el de súplica, puede haber primera, segunda, y ulteriores instancias.

(*) Cur. 1. part. § 8. num. 3.
(†) L. 9. tit. 4 P. 3.
(‡) Cur. lug- citada, num. 1.
(‡‡) Cur. lug. cit. num. 2.

7. En todo juicio intervienen necesariamente tres personas: actor, reo y juez. Intervienen tambien útilmente el procurador, escribano y abogado. Indicaremos las principales funciones, oficios, y deberes de cada uno, con la brevedad posible.

8. Actor es *el que face demanda en juicio por alcanzar derecho.* (a) Reo es el demandado. Antes de entablar el actor su demanda, debe cuidar de cinco requisitos preliminares, que para recomendarlos mas fácilmente á la memoria, suelen los prácticos comprender en el siguiente versículo:—

Quis, quid, coram quo, quo jure petatur et a quo.

9. Si el que demanda en juicio es menor de edad, debe antes nombrar curador *ad litem*, porque sin esta formalidad no es persona legítima para comparecer en juicio. Si el demandado es menor, debe el actor pedir y el juez mandar que dentro de un término breve comparesca á nombrar curador *ad litem*, y si no lo verificare se le debe nombrar de oficio. (b) Este nombramiento suele hacerse en alguno de los procuradores de número donde los hay. Pero si el menor hubiere obtenido vénia, ó habilitacion de edad del Supremo Poder Legislativo, segun por ahora se practica en Buenos Aires, es persona lejítima para comparecer en juicio.

10. Del mismo modo debe prepararse la demanda, siendo el actor demente ó loco; en cuyo caso, si no hubiese curador, deben los parientes mas cercanos pedir al juez que se le nombre, y en su defecto se le ha de nombrar de oficio.

(a) L. 1.ª tit. 2 Part. 3.ª

(b) L. 7. tit. 2. Part. 3.ª—L. 13. tit. 16. Part. 6.ª L. 11 tit. 2. Part. 3. —L. 1. tit. 3. Part. [illegible] al fin, y L. 12. tit. 22. Part. 3.

11. Cuando el hijo de familias sugeto á la patria potestad, tuviere que poner demanda sobre bienes adventicios, ó sobre otros derechos que le es concedido repetir, debe entablarla el padre, como administrador lejítimo de los bienes del hijo, segun la ley (a); pero si el padre se hallare ausente, y el hijo fuere menor de edad, solicitará se le nombre curador. Se ha dicho cuidadosamente: *Si el hijo fuere menor de edad;* porque aunque por el derecho romano y español (*) la sóla edad no le emancipa, pero por la costumbre racionalmente introducida, y respetada por la práctica de nuestros tribunales, en llegando el jòven á la edad mayor de veinte y cinco años, se considera persona legítima para parecer en juicio.

12. Tambien la ley, por fomentar los matrimonios, ha concedido á los menores casados y velados, que hubieren cumplido diez y ocho años, la facultad de administrar sus bienes y los de su muger, sin necesidad de venia (b).

13. La muger casada no es persona legítima en juicio, ni demandando, ni defendiendo. Su marido, como administrador legal de sus bienes, es quien debe entablar sus acciones, ù otorgarle espresa licencia para que las entable. Mas si el marido negare á su muger la licencia para demandar, cuando la necesita, puede el juez, con conocimiento sumario de causa, compelerle á concederla, ó concedersela de oficio en su defecto. Del mismo modo debe concedersela, cuando el marido se halla ausente, no se espera de próximo su venida, ó hay peligro en la tardanza. (c) Puede sin embargo entablar demanda por si sola, y sin licencia

(a) L. 7. tit. 2. Part. 3.ª

(*) L. 7. tit. 2. Part. 3.ª — L. 2. tit. 5.º Part. 3.ª — L. 14 tit. 1.º Lib. 5.º R. C.—L. 22. tit. 11. Lib. 5.º R. C.

(b) L. 14. tit. 1.º Lib. 5.º R. C.

(c) LL. 2. 3. 4. 5. y 6. tit. 3. Lib. 5.º R. C.

del marido, por la dote, cuando se la disipa, por su honor, por alimentos en razon de divorcio, y de sevicia &a. (a)

14. El siervo que no es persona civil, tampoco puede parecer en juicio. Su amo es el que debe gestionar por él como actor, ó como reo; á no ser en causa de su libertad, (*) en la cual siendo persona miserable, era antes su defensor legal el sindico procurador de ciudad, y hoy en Buenos Aires, despues de la estincion del Cabildo, es el defensor general de pobres. Puede tambien el esclavo demandar en juicio en el caso que espresan las leyes próximamente citadas.

15. Cuando los hijos demandaren à sus padres, abuelos y demas ascendientes, en los casos en que pueden hacerlo por derecho, como por dilapidacion de los bienes adventicios, por el peculio castrense, ò cuasi castrense, por alimentos, naturaleza, maltrato, persuasion *ad turpia* &a, (b) deben pedir en el exordio del mismo escrito de demanda la correspondiente venia al juez, en demostracion del respeto filial, que les es debido, y no deben ser admitidos sin este requisito. (c) Lo mismo debe practicarse, cuando demandare el yerno al suegro, el subdito al prelado, el discipulo al maestro, el ahijado al padrino. (†)

16. Debe tambien tener presente el actor, ó su abogado, si le corresponde el privilegio de caso de corte, que ès la facultad de promover sus acciones en primera instancia ante el Tribunal superior del distrito, sacando à su colitigante de su fuero y domicilio ordinario; y como los casos de corte, unos son notorios, y otros no lo son, basta alegar los primeros, pero es necesario acreditar los segun-

(a) Gomez in leg. 56 taur. n. 3.
(*) LL. 8 y 9 tit. 2. Part. 3.ª
(b) L. 9. tit. 2 y L. 4. tit. 7. Part. 3.ª
(c) L. 11 tit. 17 Part. 4.ª
(†) Feb. tom. 4. pag. [illegible] num. 16.

dos por informacion sumaria ó documentos, pidiendo ante el Tribunal la conveniente declaracion. Verdad es que cuando se estinguieron las Audiencias y se establecieron las Càmaras de Justicia en el año de 1812, se extinguieron tambien los casos de corte; pero posteriormente el artículo 7. cap. 2. seccion 4. del Estatuto Provisional dado por la junta de observacion el año de 1815, y los artículos 8. cap. 2., y 1. cap. 3. seccion 4.ª del reglamento provisorio sancionado por el Congreso General Constituyente de estas Provincias en 3 de Diciembre de 1817, autorizaron á nuestras Câmaras para conocer de todas las causas y casos de que conocian las audiencias segun las leyes generales, que todavia rijen en lo que no han sido espresamente derogadas; y por esto es que conocen de los casos de corte, de que conocian las Audiencias, aunque con gran circunspeccion, hasta que sean abolidos, como es de esperar, por la primera Legislatura que trate del arreglo del òrden judicial; á fin de que toda primera instancia, se conosca y determine ante los jueces ordinarios, y quede espedito el natural recurso de apelacion á los Tribunales Superiores.

17. La segunda circunstancia que debe tener en consideracion el actor, y por él su abogado, es lo que debe pedir. A este intento es muy recomendable el texto de las leyes 15. y 25. tít. 2. Part. 3.ª, y 4.ª tít. 2. lib. 4.º de la Recop. Cast., cuyo tenor substancial dispone: que las demandas que se ficieren sean ciertas, y sobre cosa cierta, declarando si se pide posesion ó propiedad, ó una y otra: si bienes raices, señalando el lugar de su situacion y sus linderos, si bienes muebles, ó se movientes, designando los nombres, sexos, señales y edades; si cosas que se pesan ó miden, determinando la especie, el peso y la medida;

ó espresando si se pide enmienda del daño, ó deshonra, el que se haya recibido en la persona ó en los bienes; á no ser que se demandare arca cerrada, ó bolsa sellada que se hubiere dado á otro en guarda ó depósito, en cuyo caso no es obligado el actor á decir las cosas en ella contenidas. Tampoco es obligado á espresar en el libelo cada una de las cosas que demanda, cuando entabla accion general, como la de peticion de herencia, la de administracion de la tutela, la accion *pro socio* para la rendicion de cuentas, ú otras semejantes,—segun puede verse en las citadas leyes.

18. La tercera circunstancia digna de observarse es la competencia del juez ante quien ha de entablarse la demanda. No es de nuestro propósito tratar difusamente de los diversos modos de surtir fuero, sobre cuya materia, à mas de las disposiciones de derecho, pueden verse los autores que la examinan exprofeso. (a) Basta hacer tres indicaciones, que pueden servir de regla generalmente en los casos ocurrentes. Es la primera, que la ley de Partida (b) enumera catorce modos de contraer fuero: es la segunda, que el actor debe seguir el fuero del reo: (*) y la tercera, que en esta provincia de Buenos Aires ha sido abolido todo fuero personal, ó privilegiado, por ley de la Sala de Representantes, sancionada en 5 de Julio de 1823, cuyos siete artículos son literalmente los siguientes.

"1. Queda abolido todo fuero personal asi en las "causas civiles como en las criminales.

"2. El conocimiento de las causas que se formen "para la averiguacion y castigo de delitos que no pue-

(a) Carlev. De judiciis tit. 1 disput 2. Elizondo, Practica universal forense Part. 1., cap. 12 tom. 6.

(b) L. 32 tit. 2 Part. 3.ª

(*) L. citada, y L. 4. tit. 3. Part. 3.—Ley 8. tit. 3. lib. 4, R. C.

Domingo

" den cometerse sino por individuos del clero, queda su-
" jeto á la jurisdiccion eclesiástica.

" 3. El conocimiento de las causas que se formen " para la averiguacion y castigo de los delitos, que solo " son tales cometidos por un militar, queda sujeto á la " jurisdiccion militar.

" Queda sujeto á la misma jurisdiccion todo delito " cometido por los militares dentro de los cuarteles, en " marcha, en campaña ó en acto de servicio.

" 5. Los individuos de la marina permanente y los " matriculados, quedan en el caso de los artículos ante- " riores.

" 6. El conocimiento de las causas criminales de " los individuos empleados en el servicio de hacienda, y " de correos, por delitos cometidos en el ejercicio de " su oficio, corresponde al respectivo ministerio.

" 7. Los jueces que procedan á prision de los in- " dividuos en los casos que por esta ley quedan desafo- " rados, darán aviso inmediatamente al gefe respectivo " del reo. "

19. Derogado, pues, todo fuero personal ó privilegiario de los que gozaban ciertas clases ó profesiones, y allanada esta odiosa desigualdad legal, facil es conocer el fuero competente, por el lugar del domicilio del reo, por el del contrato, por el de los bienes obligados, por el del delito &c., en la forma, y por el órden que previenen las leyes. (*)

20. En cuarto lugar conviene al actor examinar escrupulosamente, cual es el derecho en que se funda su demanda: *quo jure petatur*. Toda accion es real, ó perso-

(*) LL. proximamente citadas y las que se citarán cuando se trate de la jurisdiccion.

nal. En el primer caso, debe pedir determinada y especificadamente, la cosa en que tiene señorio ô derecho, esponiendo en la demanda la causa ó título en que lo funda; y si es dominio, posesion, prenda ó hipoteca, como muy perspicuamente lo dispone la ley de partida (a.) En el segundo caso debe pedir, que se condene al demandado á entregar la cosa ò su equivalente, (*) á prestar el hecho (†) ó el interes à que es obligado por contrato ó casi contrato, (‡) delito, ó casi delitos, designando la clase y modo de la obligacion. Asi es tan facil, como importante, elejir con acierto la accion ó remedio que corresponde, y de que pende la brevedad, sencillez y éxito de los juicios. El militar mas bravo y aguerrido, si escoje arma desigual para batirse con su enemigo, es probable que perezca, ò no obtenga la victoria. Sucede lo mismo proporcionalmente en las contiendas judiciales. La accion es la espada con que debe combatirse. Si no se le elije la que conviene á la naturaleza del negocio, y ministra el derecho para cada caso especial, se espone la justicia al riesgo de ser burlada, ó perecer.

21. Finalmente es de atenderse la persona contra quien ha de dirigirse la demanda, *a quo petatur.* Generalmente si se entabla accion personal, debe demandarse á la persona inmediatamente obligada, ó al que le haya sucedido lejitimamente en la obligacion : (‡‡) si se intenta accion real debe pedirse la cosa al verdadero poseedor, ò tenedor de ella, no al colono, al administrador, ni al precario tenedor. (¶)

(a) L. 25 tit. 2 Part. 3.

(*) L. 2. tit. 3.—L. 19. tit. 2 y L. 10 tit. 14. Part. 3.

(†) L. 13, 36 y 40 tit 11. Part. 5.—Ley 5. tit. 27. Part. 3.—Ley 3. tit. 14 Part. 5 y L. 25 tit. 32 Part. 3.

(‡) L. 5. tit. 6. Part. 5.

(‡‡) L. 14. tit. 2. Part. 3.

(¶) L. 2. tit. 3, y L. 10 tit. 14 Part. 3.

Dominguez

22. Si la demanda ha de proponerse contra algun menor, contra demente, ó loco, contra muger casada, ó contra un siervo, debe practicarse previamente lo prevenido en los nûmeros 9, 10, 12 y 13 de este capîtulo. Si contra algun ausente, cuya venida no se espera de pròximo, ofreciendo el actor informacion sumaria de la ausencia, de la deuda, y de los bienes que tenga, solicitarà se le nombre defensor con quien se entienda la demanda. (a) Si ha de demandarse à alguna corporacion ò comunidad, que no tuviere procurador, se prepara el juicio pidiendo se le mande nombrarlo. (b)

23. Cuando se propusiere demanda contra el heredero de un tercero como tal, debe acompañarse á ella testimonio de la clàusula de su institucion, con la cabeza y piè del testamento, y de la aceptacion de la herencia; pero si aun no la hubiere aceptado se pedirà al juez, prèviamente que la mande aceptar, ó repudiar dentro de un término. Si pasado este no lo hiciere, se solicita el nombramiento de defensor á la herencia y con él se ha de seguir la causa. (*)

24. En cuanto al reo, ya se ha dicho, que es aquel contra quien se pone la demanda en juicio. Debe prepararse à contestarla, observando iguales precauciones que el actor, segun el encargo de la ley de partida, *Onde decimos, que aquellas cosas, que de suso mostramos que el demandador debe catar ante que comienze su demanda: que esas mismas cosas debe catar el demandado ante que responda á ella* (c). Le importa à este fin, saber quien es el actor demandante: ante quien ès demandado, en que

(a) L. 12 tit. 2 Part. 3.
(b) L. 13 tit. 2 Part. 3.
(*) L. 14 tit. 2 Par. 3. al fin, Paz tomo 1. temp. 2. num. 48.
(c) Prólogo del tit. 3 Part. 3.

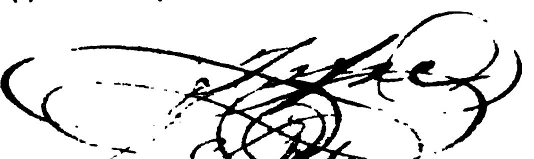
tiempo, en que forma, y que recaudos tiene para escusarse ó defenderse.

25. El juez es la tercera persona, que necesariamente interviene en el juicio. Es, segun se esplica la ley de partida (a), *el home bueno que es puesto para mandar e facer derecho.* Jurisdiccion es la potestad pública, que la ley concede al juez, para el conocimiento y decision de las causas. (*)

26. Es ordinaria ò delegada. (**) Ordinaria es la que dá la ley inmediatamente para universalidad de causas, aunque sean de un solo género, (†) como la que tiene el Tribunal del Consulado, para conocer de las causas de comercio. Delegada es la que especialmente confiere el juez ordinario, ó la ley misma para causas particulares y por tiempo. (‡) La jurisdiccion delegada no puede ejercerse sin noticia del juez territorial, á quien debe el delegado presentar su comision para ser reputado tal, y en caso de no hacerlo, puede el juez ordinario del lugar estorbarle el uso y ejercicio de su delegacion. (‡‡)

27. La jurisdiccion ordinaria es favorable, es amplia; no debe restringirse. (¶) En consecuencia, si se diere poder al juez delegado para conocer, y determinar alguna causa, puede substanciarla y determinarla definitivamente; pero si se le diere solamente para oirla, debe substanciarla hasta el estado de sentencia, y pasarla al delegante para que la determine. (b)

(a) L. 1.ª tit. 4 Part. 3. * L. 1. tit. 9. lib. 3. R. C.
(*) Arg. de la L. 18 tit. 4. Part. 3.
(**) L. 1. tit. 4. Part. 3.
(†) Cur. Filip. Part. 1. § 4. num. 2.
(‡) L. 1. tit. 4. Part 3. vers. "otra manera."
(‡‡) Sobre esta materia veanse las LL. 17 y 19 tit. 4. Part. 3.—L. 2. tit. 11 lib. 2. y 4.ª tit. 9. lib. 3. R. C.
(¶) Cur. Filip. 1. Part. § 4. num. 8.
(b) L. 19 tit. 4, Part. 3. * L. 20 id.



40. El juzgado de Alzada de Provincia que se erigió por el art. 15, cap. 2. secc. 4. del reglamento provisorio del Congreso General, con calidad de servirse por un letrado á nombramiento del Gobierno, turna por un año entre los miembros del Tribunal de la Cámara. Sus atribuciones están comprendidas en los art. 2. 3. 4. y 5. del cap. 3. secc. 4. del citado reglamento. Conoce de las apelaciones de los jueces de primera instancia en todos los pleitos y negocios civiles entre partes, que fueren apelados. De sus sentencias queda libre á los interesados el recurso gradual al Tribunal de la Cámara, á excepcion de los pleitos de cuantia de mil pesos ó menor, que quedan concluidos con dos sentencias conformes. (a) (*) Conoce tambien de las apelaciones en causas criminales de cualquier género, pasando á la Cámara las que segun su naturaleza y circunstancias requieren por las leyes su aprobacion, ó consulta; mas pueden las partes en dichas causas ocurrir directamente à la Cámara, omiso el juzgado de Provincia.

41. Probablemente, cuando se reforme la magistratura, se suprimirá el juzgado de Provincia, cuya inutilidad ha demostrado el Tribunal Superior al Gobierno en repetidos informes.

42. La Cámara es el Tribunal Superior de Justicia para el conocimiento y determinacion de todas las apelaciones y recursos, que se interponen de los juzgados inferiores de la provincia. Se estableciò en 23 de enero de 1812 cuando se suprimió la Audiencia Real mantenida

(a) Los abogados deben tener muy presente la disposicion del articulo 3.º cap. 3.º secc. 4.ª del Reglamento del Congreso de 1816, y no empeñar recursos á la Camara contra dos sentencias conformes en cantidad de mil pesos ó menor, porque seguramente serán condenados en costas.

(*) Vease el decreto de 20 de Octubre de 1829 citado en la pag. 14.

por el Gobierno español, y se aprobó posteriormente por la Asamblea General de las Provincias de la Union en el Reglamento de 11 de setiembre de 1813, y por el Congreso General Constituyente en 3 de Diciembre de 1817, que le diò la forma y planta que actualmente tiene.

43. Se compone de cinco jueces letrados, y un fiscal, que despacha con dos agentes, en lo criminal, en lo civil y hacienda pùblica. (*) Conoce en todas las causas y negocios, de que segun las leyes y disposiciones posteriores conocian las Audiencias extinguidas. Conoce de los recursos de nulidad é injusticia notoria de las sentencias del Tribunal de Alzadas de comercio. (†) Conoce en grado de apelacion y primera suplicacion de los pleitos sobre contrabandos, y demas ramos y negocios de hacienda. Examina en consulta todas las sentencias definitivas de los jueces inferiores en causas criminales en que se impone pena de muerte, azotes, presidio ò destierro, aunque no sean apeladas; y preside â la administracion de justicia de toda la Provincia.

Tiene el tratamiento de Excelencia y su Presidente el de Señoria en los negocios de oficio.

44. El Presidente lleva la voz del Tribunal: cuida de la policia y del despacho: ejerce todas las funciones de los antiguos rejentes, segun su reglamento en lo que es adaptable: decide las competencias entre la jurisdiccion ordinaria y mercantil; (a) y conoce en los juicios de disenso sobre los matrimonios de los hijos de familia con arreglo à la ùltima disposicion de la materia. (b)

(*) Hoy solo hay un ajente fiscal para los tres ramos por decreto de 11 de Setiembre de 1832, Reg. Oficial lib. 11 N. 9.

(†) Art. 9 cap. 2 sec. 4. del Reg. Provisorio.

(a) Vease el cap. 2.° secc. 4.ª del Reglamento Provisorio de 3 de Diciembre de 1817.

(b) Cédula de 28 de Abril de 1803, que es la L. 18 tit. 2 lib. 10 de la N. R.

45. Para la determinacion de los recursos de segunda suplicacion, y de nulidad é injusticia notoria de las sentencias del Tribunal de la Cámara, se estableció en el art. 14. cap. 2. secc. 4 de dicho Reglamento del Congreso, una comision eventual, que para cada caso particular debe formarse de cinco letrados nombrados por el Gobierno Supremo Ejecutivo à consulta de su Asesor, la cual despues de determinar el recurso, queda disuelta, y durante el ejercicio de sus funciones tiene el tratamiento de excelencia. (*)

46. Tiene el Tribunal de Justicia dos Relatores, cuyos empleos deben darse por oposicion : dos Escribanos de Càmara, cuyos oficios son hasta el dia vendibles y renunciables; y dos porteros que turnan por semanas, sirviendo el uno la porteria y el otro el alguacilazgo de vara para los apremios y ejecuciones.

47. Para el conocimiento y determinacion de los negocios y pleitos de comercio, hay en Buenos Aires Tribunales separados, cuya jurisdiccion es privativa. El del Consulado que se creó en tiempo del Gobierno español por cédula de 30 de Enero de 1794 y subsiste hoy con todas las facultades jurisdiccionales, se compone de un Prior y dos Consules primero y segundo, elegibles anualmente por la Junta general de comercio, de entre los comerciantes matriculados. Tiene un Asesor secretario, un escribano y dos porteros, de los cuales uno hace de alguacil ejecutor. Conoce en primera instancia de todos los pleitos, y diferencias que ocurren entre comerciantes, ó mercaderes, sus compañeros ó factores, sobre sus negociaciones de comercio, compras, ventas, cambios, seguros, cuentas de compañia, fletamentos de naos, factorias y demas de que conoce el consulado de Bilbao, segun sus or-

(*) Hoy ya no se nombra tal comision. Vease el decreto citado en la nota de la pág. 14.

denanzas, que son las que hasta el dia rigen en lo que no está dispuesto en la cédula ereccional citada.

48. De las sentencias del Tribunal del Consulado hay apelacion, en cantidad de mas de mil pesos, al Tribunal de Alzadas de comercio, que se compone de un Camarista, y dos cólegas, que él nombra en cada causa de los dos propuestos por las partes (a).

49. De las sentencias ejecutoriadas en el Tribunal de Alzadas se puede interponer recurso de nulidad ó injusticia notoria al Tribunal de la Cámara en la forma prescripta por nuestras leyes, de que se hablará despues. (b)

50. Las causas contenciosas en materia de hacienda han correspondido á las intendencias de provincia desde la ordenanza que se diô por el Gobierno español en 5 de Agosto de 1783 para el vireinato de Buenos Aires. Los intendentes son hasta hoy jueces de primera instancia con jurisdiccion privativa en este ramo; pero siendo Gobernadores de las provincias, debia desde luego separarse de ellos esta jurisdiccion, y atribuirse à los magistrados ordinarios de justicia, ó crearse jueces letrados de primera instancia para que la ejerzan. En Buenos Aires la ejerce el Gobierno hasta el presente, aunque no con arreglo à la ordenanza de intendentes desde que se estableciò el sistema de contabilidad en el ramo de hacienda, segun las leyes que posteriormente se han dado por la Sala de Representantes.

51. Las apelaciones dè las sentencias de la Intendencia se otorgan para la Cámara de justicia en lo contencioso (c).

(a) Art. 9 de la cédula ereccional del Consulado.

(b) Art. 9 cap. 2 secc. 4.ª del Reglamento Provisorio.

(c) Art. 12 cap. 2 secc. 4.ª del Reglamento Provisorio.

52. Hay tambien un Tribunal de presas, (*) que se estableció en 20 de Junio de 1814. Lo han formado hasta aquí el Ministro Secretario de Guerra, el Presidente de la Cámara de Justicia y el Asesor General de Gobierno. Mas habiendose suprimido en la última Legislatura del año anterior el empleo de Asesor de Gobierno, no se ha designado todavia, quien deba subrogarlo para la formacion del Tribunal. (†)

53. Conoce en primera instancia de los apresamientos y detencion de cualesquiera embarcaciones enemigas, ó neutrales, que hicieren nuestros buques de guerra, ó corsarios particulares, conforme al reglamento de corso de 13 de Mayo de 1817 que actualmente rige. Las apelaciones se dirigen al supremo Gefe del Poder Ejecutivo.

54. Hemos hablado de las personas que necesariamente componen el juicio, resta tratar de las que intervienen útilmente, que son, el porcurador, el escribano y el abogado.

55. Procurador, ò personero, es el que trata, y gestiona los pleitos, ó negocios de otro, representando su persona en virtud de su mandato y poder. (‡)

56. Puede constituir procurador todo hombre mayor de veinte y cinco años, que no está bajo la potestad de otro, si fuere libre y estuviere en su razon. El hijo de familia tambien puede constituirle para pleitos, en razon de su peculio castrense, ó cuasi castrense. Puede constituirle el hijo ausente de su padre por causa de estudios, ú otra si hubiere necesidad de mover algun pleito. Puede asi mismo constituirle en ausencia del padre asi para sus negocios como para los paternos, con tal que en estos preste

(*) Vease la ley del Congreso de 21 de Junio de 1827 inserta en el Registro Nacional lib. 3.º pag. 94.

(†) Vease el decreto de 3 de setiembre de 1829 tom. 8 del Registro Oficial N.º 1167.

(‡) L. 1 tit. 5 p 3.

caucion de rato. Pueden tambien constituirle los Obispos, capitulos, universidades y demas corporaciones (a).

57. El menor de 25 años puede constituir procurador para pleitos con autoridad de su curador. Si lo constituye sin autoridad del curador, vale lo juzgado en su favor, pero no contra él, (b) à no ser que se le hubiese opuesto la excepcion de menor edad, y el juez la hubiese despreciado, en cuyo caso no vale lo juzgado en su favor. (c)

58. El hombre que de hecho anda como libre, y no está bajo el poder de otro, si le suscitan pleito sobre su libertad, puede constituir procurador. Puede tambien constituirle para otros pleitos, aun cuando el pleito sobre su servidumbre se hubiere trabado por demanda y respuesta. (d) Pero el que actualmente estuviere como siervo, y quiera mover pleito por su libertad, no puede nombrar procurador: debe salir al pleito por sí mismo, (*) ò por medio del defensor general de pobres, y el juez debe apremiar al señor à contestarle y exijirle seguridad de que no le estorbarà la continuacion del pleito. Nótese esta disposicion legal para los casos, que son muy frecuentes, mientras tenemos la odiosa necesidad de mantener esclavos, y hablar de leyes de servidumbre.

59. Puede ser procurador en juicio todo hombre mayor de 25 años. No pueden serlo el mudo, el sordo, el loco ó demente, ni la muger si no es por su marido, ò pariente lejítimamente impedidos, que no tienen quien lo

(a) L. 2 tit. 5.º Part. 3.ª
(b) L. 3 tit 5.º Part. 3.ª
(c) Greg. Lop. glos. 2.ª de la L. 3.ª tit. 5.º Part. 3.ª
(d) L. 4.ª tit. 5.º Part. 3.ª
(*) L. 8 tit. 2 P. 3.

sea, ó para pleitar la libertad de sus deudos, ó apelar de la sentencia de muerte, ó *corporis aflictiva* que contra ellos se diere. Tampoco pueden serlo el siervo, ni el religioso, sino en negocios de su religion, ni el clérigo de órden sacro, sino en pleitos de su iglesia ó prelado. (a)

60. En los tribunales superiores, ó donde hubiere procuradores de número, no se admite á otro para procurador en juicio; (b) y el que tiene este oficio puede ser impelido á salir á la causa, no teniendo impedimento; mas no otro cualquiera, à no ser que haya aceptado el poder, y hecho uso de él.

61. El poderoso por algun empleo principal ó por grandes riquezas no puede ser procurador en juicio, por el justo recelo de que abusando de su influencia, fatigue y oprima á su colitigante desvalido; (c) ò, á no ser en los casos exceptuados en la ley 7.ª tít. 5.° Part. 3.ª

62. El procurador para parecer en juicio debe presentar el poder bastante, firmado por abogado, quien responde del interés y daños causados, si resultase no serlo. Si el colitigante contradijere la suficiencia del poder, el juez debe resolver, substanciando el artículo, para evitar la nulidad. (d)

63. Solamente para pleitos civiles, se puede constituir personero, pero no para los criminales, en que pueda imponerse pena de muerte, *corporis aflictiva*, ò equivalente; pues en estos, tanto el acusador como el reo, deben comparecer al juicio por sì mismos, por la razon

(a) L. 5.ª tit. 5.º Part. 3.ª
(b) L 1. tit. 24 lib. 2. R. C. y L. de 12 de Setiembre de 1825 inserta en el tomo 5. bajo el num. 781 del Registro Oficial.
(c) LL. 6, 7 y 8 tit. 5. Part. 3.
(d) Curia Filip. Part. 1. Juicio civ. § 10 num. 20.

que dà la ley de partida. *Porque la justicia non se podria facer derechamente en otro, sinon en aquel que face el yerro, cuando le fuere probado, ó en el acusador, cuando acusase â tercero.* Puede sin embargo el personero del acusador ausente, ó cualquiera otro, aun la muger y el menor de 15 años, salir al juicio à escusar su ausencia, mas no à defenderlo en la causa (a). Los encarcelados pueden defenderse en causas criminales por medio de procurador, y en nuestro Tribunal de Justicia se nombra cada año uno para los pobres.

64. De dos modos puede conferirse el poder para pleitos. En forma otorgandose ante escribano público, y en su defecto ante un juez y testigos; ó *apud acta* ante el juez de la causa (b): pero este último modo no se practica por diversos inconvenientes que pueden resultar, y que no es del presente prontuario enumerar.

65. Puede otorgarse poder especial ó general (c) siendo el especial para una causa determinada, y el general para todas las demas, se entiende para causas iguales ó menores solamente.

66. El poder general para pleitos no es bastante para los negocios y casos en que es necesario por derecho poder especial; á no ser que sea con libre y general administracion; porque en virtud de esta cláusula puede el personero hacer todas las cosas que el señor ó principal haria (d) pues tiene fuerza de especial mandato. Pero se debe tener cautela en poderes de esta clase para causas de gran per-

(a) L. 12 tit. 5 p. 3.
(b) L. 14. tit. 5 p. 3.
(c) L. 18 tit. 5 p. 3.
(d) L. 19 tit. 5 p. 3.

juicio: porque los escribanos poco exactos, ó ignorantes suelen poner esta clausula muchas veces como de estilo, y no por voluntad del constituyente.

67. Se necesita poder especial para acusar al curador por sospechoso, y pedir la remocion de la tutela (a): para pedir restitucion á nombre del menor damnificado (b): para pedir el hijo, que otro tenga contra la voluntad de su padre (c): para recusar jueces; para comprometer la causa en árbitros; para prorrogar la jurisdiccion: para transiguir, para deferir al juramento de la parte contraria, para sobstituir el poder, (*) para entablar recursos estraordinarios de nulidad, injusticia notoria y de segunda suplicacion. (**)

68. Sobre los casos en que uno puede gestiònar por otro en juicio, sin ser su personero: en el que el personero debe dar fianzas, ó prendas, para demandar ô defender, y en que debe responder ciertamente â las preguntas que se le hicieren, pueden consultarse las leyes de partida que hablan à este respecto. (†)

69. En los tribunales superiores deben las partes comparecer por medio de procuradores de nùmero suficientemente instruidos y espensados (d). La Cámara de Justicia de Buenos Aires debe tener seis procuradores de número: pero en el dia permite que los litigantes se personen por si mismos, ó por apoderados particulares, porque los oficios de procuradores de número están vacantes. (‡) El Tri-

(a) L. 17 tit. 5 p. 3.
(b) L. 15 id.
(c) L. 16 id.
(*) L. 19 tit 5 p. 3. Cur. Filip. 1.ª parte § 10 No. 24.
(**) Ar.. 9 tit. 2.° Registro de 3 de Febrero de 1814.
(†) LL. 10 21 y 22. tit. 5 p. 3.
(d) L. 1 tit. 28 lib. 2. Rec Ind.
(‡) Se mandaron proveer por L. de 12 de Setiembre de 1825. Registro Oficial tom. 5 No. 781.

bunal que practicamente ha tocado el perjuicio que se sigue á la pronta administracion de justicia por este defecto; ha promovido ante el Gobierno el establecimiento de estos oficios demostrando su necesidad, y espera que se restituiràn luego que se trate de la reforma de las magistraturas, y del órden judiciario.

70. Los procuradores de número, para egercer su oficio, deben ser examinados, y aprobados por el Tribunal de Justicia (a). No deben hacer peticiones sin firma de abogado, salvo las de rebeldias, de solicitud de tèrminos, conclusion de pleitos, y otras semejantes. No deben hacer partido con las partes de seguir los pleitos á su costa. No deben recibir dádivas ni presentes de los litigantes por dilatar las causas en que procuran, pena de privacion de oficio. En las peticiones que presentaren deben nombrar espresamente â los procuradores de las partes contrarias. Deben presentar los escritos de buena letra, y no enmendados, ni rayados en parte alguna. Deben presentar sus peticiones antes de la audencia, y los escribanos de Câmara no deben recibirlas despues. No deben decir en estrados cosa falsa. No deben hablar en estrados sin licencia del Tribunal, ni atravezar al abogado cuando hable en derecho. (b)

71. Interviene tambien en el juicio el escribano cuando lo hay en el lugar. Escribano es un oficial facultado por la autoridad pûblica para atestar y dar fè de todos los pleitos ò posturas, es decir, contratos y obligaciones que los hombres hicieren entre si, de los testamentos que atorgaren, y de los actos judiciales hechos de oficio, ó entre partes.

(a) L. 4. tit. 28 Lib. 2. R. Ind.
(b) Véase el tit. 28 lib, 2 R. Ind.

72. Hay en nuestro Estado de las provincias de Sud América escribanos públicos del número de cada ciudad, ó villa, los cuales compran sus oficios al Estado, y los pueden vender, ó renunciar, (aunque atenta la forma de nuestro Gobierno, llegará muy pronto el tiempo de reformar este vicio de la legislacion española, y la venta de los oficios públicos, que deben darse siempre al mérito y aptitud, y no al dinero.) Los escribanos del número de cada pueblo tienen oficina propia; en ella deben tener registro cosido, y signado al fin de cada año, pena de 30 pesos de multa, (a) en que protocolisen todas las escrituras, autos, informaciones, y demas instrumentos públicos, que ante ellos se otorgaren, aunque las partes quieran que no queden en registro, bajo la pena de suspension de oficio por un año (b).

73. Con dichos escribanos públicos y del número, y no con otros deben actuar los jueces en las cosas de justicia, segun lo previene la ley (c).

74. Deben conservar en sus oficinas arreglados los artículos de los autos y procesos civiles y criminales, que ante ellos se hubieren actuado.

75. Los papeles, procesos y escrituras de cada oficio de escribano del número deben pasar al sucesor en el oficio, y no á la muger, á los herederos, ni á otra persona alguna (d).

76. Hay otra clase de escribanos que en tiempo del gobierno español se llamaban reales, y hoy se llaman nacionales. Estos no tienen oficio propio, ni registro, ni pue-

(a) L. 60 Tit. 23 Lib. 2 R. Ind.
(b) L. 16 Tit. 8 Lib. 5 R. Ind.
(c) L. 23 Tit. 8 Lib. 5 R. Ind.
(d) L. 18 Tit. 8 Lib. 5. R. Ind.

den actuar en las causas de justicia (a): pero pueden hacer las notificaciones, embargos, y otras comisiones que les encargan los del número 6 de provincia, à cuyos oficios suelen haber algunos particularmente adscriptos, que se llaman escribanos de diligencias.

77. Los escribanos nacionales, que sin ser del número tuvieren facultad para otorgar escrituras pùblicas, si se ausentaren, deben dejar el registro al escribano de cabildo, y para usar de este oficio deben obligarse ante él, de guardarlo y cumplirlo asi, sopena de privacion y de 500 ducados para la hacienda pública, á mas de pagar el daño é interes de las partes. (b)

78. Los escribanos de cámara de nuestros tribunales superiores, llamados antes Audiencias, hoy Càmara de Justicia, han sido siempre de provision, y nombramiento del Supremo Poder Ejecutivo de Gobierno, que regularmente beneficiaba estos oficios con calidad de vendibles y renunciables. Probablemente, cuando se establezca constitucionalmente el Supremo Poder Judicial, se le atribuirá la facultad de nombrarlos, eligiendo el merito y la idoneidad. Las funciones de los escribanos de Cámara son tan honorìficas, como delicadas, y las mas principales son las siguientes. (c)

79. Son obligados á asistir los dias de audiencia pública desde media hora antes que se haga.

80. No pueden recibir peticion de procurador que no presentare poder.

81. Deben tener en su poder las escrituras originales, poderes y sentencias definitivas, y poner un tras-

(a) L. 14 Tit. 8 Lib. 5 R. Ind.
(b) L. 19 Tit. 8 Lib. 5 R. Ind.
(c) Véase todo el tit. 23 lib. 2. R, Ind.

lado en los procesos; numerando las hojas, y exigiendo conocimiento para entregarlos, pena de 6 pesos, y el daño á las partes.

82. No deben recibir las demandas ó peticiones de sus hermanos ò primos, habiendo otro escribano en la Cámara.

83. Deben dar cuenta al Fiscal de los procesos interesantes al Fisco, en que no hubiere parte.

84. No deben recibir interrogatorio sin firma de abogado.

85. Deben examinar por sí mismos los testigos, y si estuvieren impedidos, corresponde al Tribunal nombrar un receptor, ó un Escribano que reciba sus deposiciones.

86. En toda informacion deben preguntar à los testigos por las generales de la ley.

87. Es su obligacion examinar á los testigos de los pobres con toda diligencia y cuidado.

88. Deben poner testigos en las notificaciones de autos.

89. El escribano de Cámara de sala debe estar presente á la relacion de la causa.

90. Deben entregar los pleitos conclusos à los relatores dentro de tres dias.

91. Les es prohibido poner en los autos ò providencias, el dia, mes y año por abreviatura.

92. Deben escribir de su mano las sentencias, y notificarlas á las partes el mismo dia que se pronunciaren, ó el siguiente.

93. Deben dar traslado á las partes de las sentencias que se pronunciaren, si lo pidieren.

94. No pueden dar procesos diminutos.

95. La ley les prohibe confiar los procesos, ni escrituras â las partes, pena de 40 pesos para los estrados, y del daño que causaren; pero pueden darlos à los procuradores y abogados, bajo conocimiento, estando en estado, y estos deben devolverlos à los 3 dias.

96. Deben tener el arancel en sus oficinas, en lugar visible, y no pueden llevar derechos à las partes por guardar ni buscar procesos.

97. Deben firmar en los procesos los derechos que llevaren.

98. No deben llevar derechos á los pobres sino cuando llegaren á tener bienes; para cuyo caso deben estos obligarse con la caucion juratoria.

99. No deben llevar derechos de los procesos, que se trajeren por via de fuerza, si se devolvieren á los jueces eclesiásticos.

100. No deben cobrar derechos por la parte del fisco aunque la contraria sea condenada en ellos.

101. Son obligados á tomar razon de las comisiones que se dieren por el tribunal para residencia ó pesquizas.

102. Los escribanos de las Cámaras del distrito de nuestras provincias, tienen asiento en las salas de justicia en el banco de los relatores, despachan y firman las cartas órdenes acordadas del tribunal, á las cuales se dá puntual cumplimiento, y no son obligados à asistir á las

ejecuciones de justicia en los reos criminales, aunque hayan sido sentenciados por la Cámara de que dependen.

103. Nuestras Cámaras de Justicia tienen dos escribanos cada una, que solo pueden percibir los derechos de arancel, y no los que antes se llamaban de tiros; (a) y tienen ademas la asignacion de 500 pesos cada uno en la tesorería del Estado, por los muchísimos negocios de oficio que despachan.

104. Todos los escribanos, asi de número como de Cámara, que actuasen en alguna causa civil, ó criminal son obligados á hacer personalmente las notificaciones á las partes, quienes deben suscribirlas, y en caso de resistir hacerlo, ó no saber firmar, debe suplir por el notificado un testigo con espresion del defecto (b).

105. El escribano que no encontrare á la parte para notificarle, debe solicitarla por segunda y tercera vèz, y si aun entonces no la hallare, cumple con dejarle un cedulon firmado de su mano, que contenga, el auto ò decreto que trata de notificarle, haciendo constar en el proceso las diligencias de haberlo así ejecutado, con la atestacion de dos testigos, para que surta los mismos efectos que si se hubiera hecho la notificacion en persona [c].

106. Interviene tambien en el juicio el abogado que segun la ley de partida es, *el sabidor de derecho, que razona pleito de otro ó el suyo propio, en demandando, ó en respondiendo* [d].

107. Asì el oficio de abogado es por su naturaleza y destino, noble y delicado. Noble, porque ejercitandose

(a) Art. 7 Cap. 2. Secc. 4 del Reglam. Provision.
(b) Art. 25 Cap. 3. Secc. 4. del mismo.
(c) Art. 26 Cap. 3. Secc 4. del mismo.
(d) L. 1. Tit. 6. Part. 3.

en aconsejar y dirigir á sus clientes, esponer sus derechos ante el magistrado, y apercibir á este para que pueda mas facilmente y con mas acierto, librar los pleitos, como se espresa la ley de Partida (a), es propiamente un protector de la vida, del honor y de los bienes del ciudadano. Es por lo mismo su oficio delicado, porque à su legalidad confian los hombres sus mas caros intereses; y fundandose esta confianza en el saber y probidad del abogado, contrae desde luego una grande obligacion, que le hace responsable á todas las costas, daños y perjuicios que causare por impericia, por culpa ò por malicia, así en primera instancia, como en la apelacion y suplicacion, con el doblo; y con calidad de que sobre ello debe ser hecha á las partes cumplimiento de justicia brevemente, como previenen las leyes (b).

108. En fuerza de esta obligacion, antes de encargarse el abogado de la defensa de las partes, debe exijirles razon circunstanciada de los hechos, para examinar su justicia, y desengañar al que no la tuviere, antes de que se empeñe en un pleito dispendioso. Si hubiere aceptado la defensa de un negocio, considerandolo justo por la instruccion del litigante, y à la publicacion de probanzas, hallare por el defecto de estas, que es injusto, debe desengañarle y desampararle inmediatamente la defensa, segun el estrecho encargo de las leyes [c].

109. Debe el abogado ser instruido por principios en la ciencia de la legislacion, versado y prudente, ò como se esplica la ley de Partida [d] *sabidor del dere-*

(a) Pròlogo del Tit. 6. Part. 3.

(b) L. 6. Tit. 16. Lib. 2. R. Cast. y L. 4. Ti. 24 Lib. 2 R. Ind.

(c) L. 15 Tit. 6 Part. 3.—LL. 2, 14 y 22 Tit. 16, Lib. 2 R. C, y L. 3 Tit 24 Lib. 2 R. Ind.

(d) L. 2 Tit. 6 Part. 3.

cho, del fuero ó de la costumbre de la tierra, porque lo haya usado de gran tiempo. De aquí el proverbio antiguo : *non confidas in medico novo, qui est homicida parentum, neque ni advocato novello, qui est confusor litium.*

110. El abogado debe ayudar y defender con fidelidad los derechos de su cliente; y por esta razon las leyes detestan el delito de prevaricato con tal severidad, que la ley de Partida imponia al que lo cometiere, la pena de muerte como aleve. (a)

111. Tambien castigan con severidad las leyes al abogado que descubriere los secretos de su parte á la contraria, ó á otro en su favor (b) y al que aconsejare á su parte que soborne testigos, ò presente escrituras falsas, intimándole sériamente la obligacion de proteger con fidelidad y diligencia los pleitos que tomare á su cargo, de procurar que se hagan las probanzas convenientes, ciertas y verdaderas; de *estudiar el derecho que cumpla á la defensa de su causa,* examinando por sí mismo los autos, y concertando la relacion con el proceso original para firmarla: de no alegar cosas maliciosas, ni pedir términos para probar lo que no ha de aprovechar, ó no puede probarse; y de no diferir las excepciones, que hubieren que aducirse, bajo la pena de suspension de oficio, y aun de privacion al que lo contrario hiciere. (c)

112. Nunca debe el abogado prometer al litigante que vencerá el pleito de que es encargado; porque si no lo venciere, *seria tenido* (dice la ley) *de pechar al dueño*

(a) L. 15 Tit. 6 Part. 3.

(b) L. 9 Tit. 6 Part. 3. y 17 Tit. 16 Lib. 2 R. C.

(c) L. 15 Tit. 6. Part. 3.—L. 3 Tit. 16 Lib. 2 R. C.—L. 8 Tit. 24 Lib. 2 R. Ind.

del pleito todo cuanto daño, ó menoscabo le veniese por ende, é demas las despensas que hubiese hecho. (a)

113. Tampoco le es permitido concertarse con aquel, á quien ha de proteger, para que le dé parte de la cosa litigada bajo la pena de prohibicion de oficio. (b)

114. No puede el abogado desamparar á la parte, á quien empezó á defender, hasta que el pleito se haya fenecido. Si lo contrario hiciere, debe perder el honorario, y pagar al dueño del pleito cualquier daño, que por esto le causare; á no ser que lo deje por haber conocido la injusticia de la causa. (c)

115. No debe alegar superfluamente lo alegado, ni epilogar lo ya escrito en el proceso, ni decir en estrados falsedad. (d)

116. No debe incurrir en la debilidad de temer al prepotente, y escusarse de defender al desvalido, que lo solicitare con justicia. La autoridad judicial debe obligarlo, pena de suspension de oficio por un año. (e)

117. Es obligado á defender á los pobres de gracia, en los lugares donde no hubiere abogados de pobres asalariados, y aun donde los hubiere, si estos no pudieren defenderlos por algun impedimento. (f)

118. Puede el abogado hacer la iguala y concierto de su honorario al principio del pleito, oida la relacion de la parte; mas no despues que hubiere visto sus escrituras,

(a) L. 15 Tit. 6 Part. 3.
(b) L. 7 Tit. 24 Lib. 2 R. Ind.
(c) L. 9 Tit. 24 Lib. 2. R. Ind.
(d) LL. 4 y 25 Tit. 16 Lib. 2. R. C. y L. 14 Tit. 24 Lib. 2 R. Ind.
(e) L 28 Tit. 16 L. 2 R. C.
(f) L. 6 Tit. 6 Part. 3. y L. 16 Tit. 16 Lib. 2 R. C.

y comenzado á hacer pedimentos ó escritos en la causa, porque ya estaría el litigante prendado y no tendria libertad de hacer su ajuste, como le conviniere. El que hiciere lo contrario pierde por la ley el honorario, y tiene la pena de suspension por cuatro meses. (*)

119. No habiendo el abogado hecho su iguala en tiempo, ó si exigió salario demasiado, el Tribunal de Justicia debe regularlo, y en nuestra Cámara lo hace el Juez semanero con arreglo á la ley de Castilla, multiplicándolo segun el respectivo arancel del Tribunal. (†)

120. Le es vedado por la ley ajustar y llevar salarios anuales, ô quitaciones de poderosos, comunidades &a. à no ser que los tase el Tribunal; (‡) y en suma le es prohibido todo lo que suene á un interes sórdido. Su oficio es muy noble para que pueda hacer de él un tráfico vergonzoso y venal.

121. Finalmente el abogado, por los principios de su educacion, por la nobleza de su oficio, y aun por el buen exito de las causas que protege, debe tener siempre muy presentes las sàbias prevenciones de la ley de Partida, *é hace mucho de guardar que no diga ningunas palabras sobejanas....E otro si debe fablar ante el juez mansamente.*

122. *E otro si guardarse de non usar en sus razones palabras malas ó villanas....E el Abogado que de esta manera razonare dèbele el Judgador* honrar. (a) No se entienda que aconsejamos un servil respeto, ó una debilidad indigna de las funciones de un letrado. Puede muy bien conciliarse la noble firmeza con la decente moderacion, que debe observar un ilustrado defensor de la justicia. Hace un papel muy ridiculo y odioso el abogado que insolente escribe, ó

(*) L. 6 Tit. 24 Lib. 2 R. Ind. y L. 7 Tit. 16 Lib. 2 R. C.
(†) L. 11 Tit. 16 Lib. 2 R. C.
(‡) L. 10 Tit. 16 Lib. 2 R. C.
(a) L. 7 tit. 6. Part. 3.

habla siempre con un tono de triunfo: que insulta el respeto de la autoridad judicial, ó que desaira y ultraja descomedidamente á su contrario.

123. El decoro de la profesion nos ha detenido en epilogar sus principales deberes, porque la razon y la esperiencia nos han convencido de que para ser el apoyo de la justicia y de la inocencia, debe ser ejercida con honor y probidad.

124. Advertido el abogado de tan graves obligaciones; instruido de la justicia de la causa que se le encomienda; examinados los instrumentos, su legitimidad y fuerza; recibida instruccion de la parte en cuanto à los hechos; meditadas las circunstancias y requisitos prévios de que se ha tratado en este capítulo, entrarà á dirigir la defensa en la forma que se dirá en adelante.

Capítulo III.

ORDEN Y FORMA DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO EN PRIMERA INSTANCIA.

125. La primera instancia principia por la demanda del actor ó de su procurador con poder bastante; se ha de poner en estilo claro, breve y sencillo, y ha de contener tres partes principales: La primera debe reducirse á designar la persona legítima que la pone, y contra quien se pone. La segunda debe contener la relacion exacta de los hechos en que se funda, señalando la cosa que se pide de un modo cierto, como se dijó en el No. 17 del cap. 1.°, espresando tambien la causa, ó título de donde procede la accion, ya sea personal, ya real ó mixta; porque determinándose el contrato ó medio

por donde se ha adquirido puede despues probarlo fácilmente, y si no probase aquella causa queda espedito para repetir nuevo juicio, proponiendo diversa causa, que le haya producido la accion, el dominio ò posesion de la cosa; porque asi prepara y facilita la acertada resolucion del Juez; y finalmente porque pone al reo en cabal conocimiento para condescender sin pleito en lo que demanda el actor, ô para contradecir la instancia. (a)

126. La tercera parte consiste en la conclusion del pedimento que es la que esplica toda la pretension del actor, determina la accion y es la parte dominante à que debe estarse aunque en la narracion se hayan apuntado diferentes remedios. (b)

127. Pero despues que la ley recopilada (c) removió la necesidad de observar escrupulosas solemnidades, aunque fuesen de las que se llaman del òrden y sustancia de los juicios, y dispuso que se determinasen las causas, sabida la verdad, no debe el Juez ligarse á las palabras de la conclusion de la demanda, antes debe suplirla convirtiendo el juició en beneficio de las partes y de la justicia si de él resulta la verdad.

128. Por egemplo: si la demanda es por venta hecha con lesion enormisima en mas de la mitad del justo precio, en la cual compitiendo la eleccion al demandado de suplir el precio ô volver la cosa, (d) el demandante pide determinadamente la cosa ó al contrario, estando el Juez á la letra de la demanda deberia absolver al de-

(a) LL. 16, 25 y 40 Tit. 2. Part. 3. L. 4 Tit. 2 Lib. 4. R. C.
(b) L. 40 Tit. 2 Part. 3 vers. *Onde vos*.....Olea Tit. 6 quest. 1. Núm. 18.
(c) L. 10 Tit. 17 Lib. 4 R. C.
(d) L. 1. Tit. 11 Lib. 5. R. C. L. 56 Tit. 5. Part. 5.

mandado de la instancia, y condenar al demandante en las costas, porque carece de accion eficaz en la forma que pide; pero para evitar una nueva demanda, nuevo juicio, nuevos gastos, y dar á las partes lo que les corresponde por sus contratos, debe el Juez, atenta la verdad, suplir estos defectos y concebir su sentencia condenando al demandado á que restituya la cosa, ó resarza el justo precio.

129. La demanda ha de ponerse por escrito, á no ser de trescientos pesos abajo en que el juicio debe ser verbal (a) debe firmarse con media firma del abogado que la patrocina (b) á excepcion de los pedimentos de poca importancia, como son las rebeldias, solicitudes de término &c. que se llaman procuratorios, porque basta en ellos la firma de la parte ó su procurador. (*)

130. Si el demandado estuviese ausente se pide por un *otro si* se libre despacho citatorio y de emplazamiento para que comparezca á contestar la demanda dentro del término de la ordenanza, ó dentro del que el Juez le señalare, siendo á corta distancia.

131. Si el reo estuviese próximo á irse del lugar donde se le pone la demanda, se pide por *otro sí* que habida informacion de ello y de la deuda, ú obligacion, ó por virtud de escritura autentica, se le mande arraigar y dar fianzas conforme á la ley. (c)

132. La demanda se instruye siempre con las escrituras y documentos que hacen al derecho del actor para que de ellos pueda informarse el demandado.

(a) Art. 5. del Reglam. de Administ. de Justicia de 6 de Setiembre de 1813.

(b) L. 8 Tit. 24 Lib. 2. R. C. y L. 4. Tit. 16 del mismo Lib.

(*) L. 8 tit. 24 lib. 2 R. C., L. 10 tit. 28 lib. 2 R. ind.

(c) L. 3 Tit. 16 Lib. 5. R. C. Villadiego Cap. 1. § 2. Gom. in leg. 66. Tau. per totum.

133. Las demas clàusulas—pido justicia, con costas, juro lo necesario en derecho, de que hablan los prácticos difusamente, no son de necesidad despues que la ley citada relajó las rigorosas solemnidades del juicio.

134. Admitida la demanda el Juez provee su auto mandando dar traslado dè ella al demandado, que segun la letra y espíritu de las leyes (a) debia ser la copia de ella y de las escrituras que debian quedar originales en poder del escribano; pero por el uso comun de los tribunales, aunque se ha conservado la voz *traslado*, se entregan al demandado el escrito, y los instrumentos originales que presenta el actor, obteniéndose por este medio la mas pronta espedicion de los pleitos y el ahorro de gastos, al mismo tiempo que queda precavída la perdida de los autos originales, que quiso evitar la ley con los conocimientos y obligacion que firman los procuradores, ò las mismas partes en su defecto, con responsabilidad de volverlos integros à poder del escribano.

135. El auto de traslado se hace saber al demandado en su persona, y si no se encontrare, estando en el lugar lo solicitará el escribano por tres veces. Si aun entonces no lo hallare le dejarà un cedulòn firmado de su mano que contenga el auto ò decreto, y haciendo constar en el proceso las diligencias de haberlo asi egecutado con la atestacion de dos testigos, se habrá por notificado, como si lo hubiera sido en persona, (b)

136. Esta notificacion es la citacion, sin la cual es nulo todo juicio civíl ordinario, (*) porque es el fundamento del òrden judicial y pertenece á la defensa natural.

(a) L. 26 Tit. 23 Part. 3. y L. 9 Tit. 20 Lib. 2 R. C.
(b) Art. 25 y 26 cap. 3. Secc. 4. del Reglam. Prov. del Congreso.
(*) L. 12 Tit. 22 P. 3.

137. Por lo mismo debe ser hecha de pedimento de parte y por mandato de juez competente. (*) Deben ser citados todos aquellos à quienes principalmente interesa, y de cuyo perjuicio se trata, mas no aquellos á quienes el negocio toca secundariamente.

138. El demandado en causa civil no es obligado á comparecer por sí, sino por medio de procurador; (a) y si habiendo comparecido por sí, no se le hallare para las notificaciones ulteriores, puede ser compelido á nombrar procurador. (b)

139. Citado el reo, comparece por sí ó por medio de procurador con poder bastante, recibe los autos bajo de conocimiento y los pone en manos de su abogado con la instruccion necesaria para que forme la contestacion à la demanda, que es la respuesta del reo demandado, contradiciendo, ó confesando derechamente la demanda del actor. Así la define la ley de partida. (c) *Comenzamiento é raiz* "de todo pleito, sobre que debe ser dado juicio, es cuando "entran en él por demanda é por respuesta delante del "judgador. E respondiendo el demandado á aquella demanda "llanamente si ó non....En cualquiera de estas maneras, "que de suso dijimos, que responda el demandado á la de"manda que le facen cumple, para ser comenzado el pleito "por demanda, é por respuesta, á que dicen en latin *con*"*testatio.*"

140. Nueve dias tiene de término el demandado para contestar segun la L. 1.ª tit. 4.º lib. 4.º R. C. y

(*) L. 1 Tit. 7 P. 3.
(a) L. 3. Tit. 7 Part. 3. y Lib. 10 Tit. 3 Lib. 5. R. C.
(b) L. 1. Tit. 2 Lib. 4. R. C.
(c) L. 3 Tit. 10 Part. 3.

aunque esta ley dispone que desde el dia que la demanda fuere puesta al demandado ó su procurador, "sea tenudo á responder derechamente, contestando el pleito, conociendo ó negando hasta nueve dias continuos" se entiende que corren desde el dia en que se le notifica; y estando ausente tiene el término señalado por la ordenanza, ô el que el Juez le señalare segun se ha dicho en el No. 130 de este capítulo.

141. Si el reo demandado legitimamente citado, no contestare dentro de los nueve dias, se estima la demanda por contestada, y despues de acusada por el actor la correspondiente rebeldia, se le ha por confeso con arreglo á la disposicion de la Ley Recopiladà, que dice. "Y si así no respondiere que sea habido por confeso por su rebeldia, por esta nuestra ley, aunque no sea dada la sentencia contra él sobre ello." (a) Pero como esta confesion es ficta, fundada solamente en la rebeldia presunta, y el ignorante ô impedido no es rebelde, porque no le corre término en cualquier término que se presente al Juez y justifique su impedimento ò ignorancia, gozará del término para contestar ó proponer excepciones dilatorias; porque la ficcion cede á la verdad (b). Del modo de proceder en rebeldia hablaremos en el capítulo correspondiente.

142 Si el reo contesta llanamente á la demanda, confesando la obligacion contenida en ella, cesa el progreso del juicio, y el Juez debe condenarle inmediatamente al pago ò restitucion de la cosa demandada con un término competente. Esto es lo que espresamente disponen las leyes. "Mas cuando otorgase luego lo que debia, el judgador le

(a) L. 1. Tit. 4. lib. 4. R. C.
(b) L. 11 Tit. 7 Part. 3 L. 1. Tit. 5. Lib. 4 R. C. Cañada Juic. Ord. P. 1. Cap. 4.

"debe mandar que pague lo que conoció, fasta diez dias "ú à otro plazo mayor, segun entendiere que es guisadō "en que le pueda cumplir." (a)

143. En el caso de tener que contestar el demandado negando ó contradiciendo la demanda, su abogado debe ver si desde luego ha de oponer la escepcion ó escepciones perentorias que le corresponden para repeler la accion, ò si tiene algunas escepciones dilatorias que oponer antes de la contestacion.

144. Sabido es que las escepciones que pueden deducirse en juicio para remover la pretension del actor, ò son temporales y dilatorias, ò perpetuas y perentorias. Dilatorias son las que solamente dilatan la accion sin destruirla, como la declinatoria de jurisdiccion ò incompetencia del Juez, la recusacion, la ilegitimidad de la persona del actor ó de su procurador por falta de poder bastante, por defecto de edad, la de litis pendencia, de plazo no cumplido, de libelo general y obscuro, y otras semejantes que segun es fácil de observar, ó dicen respecto á la persona del Juez, ó â la de los litigantes, ó á la misma causa.

145. Las escepciones perentorias son las que se oponen con el objeto de destruir y estinguir enteramente la accion del demandante, cuales son las de dolo, de error, de cosa juzgada, de transacion, de pago, de pacto de no pedir, de juramento deferido, de *non numerata pecunia*, del senado consulto macedoniano, del veleyano, de prescripcion de la accion ó de la cosa &c.

146. Tambien se llaman mixtas aquellas que se pue-

(a) L. 7 Tit. 3 Part. 3. L. 2. Tit. 13 Part. 3. L. 1. Tit. 7 Lib. 4. R. C.

den proponer en fuerza de perentorias para extinguir la accion, ó por modo de dilatorias para diferir el negocio.

147. Las escepciones dilatorias deben oponerse dentro de los nueve dias contados desde el de la notificacion y las perentorias dentro de veinte dias. Pasados estos términos, no pueden deducirse, sino con juramento de haber recien venido à noticia del reo demandado, ó de haber nacido posteriormente. (a)

148. Si el abogado halla mérito para oponer alguna escepcion dilatoria, debe hacerlo antes de todo, formando artículo de prévio pronunciamiento, que con un traslado à la parte contraria queda substanciado como todo artículo cualquiera de la causa, y se resuelve por el Juez. (b) Sin embargo hay artículos que por su gravedad exigen sustanciarse con dos escritos de cada parte.

149. Las escepciones dilatorias que conviene oponer primeramente son las que conciernen á la persona del juez ò de la parte, como la declinatoria de jurisdiccion ò incompetencia para que no se presuma que se somete à ella, la de ilegitimidad de personería para evitar un juicio inútil. Tambien conviene anticipar la escepcion de no contestar à la demanda por transacion, ò cosa juzgada para impedir el ingreso del juicio, y los perjuicios que de él se seguirian.

150. Pero puesto el reo demandado en la necesidad de contestar derechamente á la demanda, hecho cargo del libelo que la contiene, ò la contesta reconociendo llanamente la obligacion, y entonces cesa el juicio, como dijimos en el número 142 de este capítulo; ó la contesta negando simple y absolutamente el hecho en que el actor funda su accion,

(a) L. 1 Tit. 5 Lib. 4 R. C.
(b) L. 90 Tit. 15 Lib. 2 R. I.

que es lo que llaman los jurisperitos simple inficiacion, en cuyo caso, como nada deduce en juicio, ni al que niega le incumbe prueba, se trata solamente de la que debe dar el actor de su intencion para condenar al reo, si aquel probare, ó absolverlo sino probare; ó contesta la demanda confesando haber habido obligacion, pero afirmando al mismo tiempo que ha sido estinguida por alguno de los modos que el derecho conoce de disolver las obligaciones (a). En este último caso forma su respuesta oponiendo la escepcion ó escepciones perentorias que le correspondan.

151. La ley le señala el término de veinte dias para oponerlas como hemos dicho; pero por pràctica inconcusa de nuestros tribunales, se proponen en el mismo escrito de contestacion, sin perjuicio de poder deducir dentro de los veinte dias, las que por olvido, ó por descuido, ó por conveniente reserva no se hubiesen producido.

152. Habiendo mèrito para oponer por parte del reo compensacion, ó reconvencion y mútua peticion, debe hacerse en el mismo escrito de contestacion, segun hoy se practica; pero bien puede deducirse la compensacion en cualquier estado de la causa, como se dirá despues, y hacerse la reconvencion dentro de los veinte dias, por algun motivo que impidiese deducirla en la contestacion. Si ha de probarse la reconvencion con escrituras deben presentarse con ella: si con testigos se protesta presentarlos á su tiempo. No pueden presentarse escrituras despues de los veinte dias, sino con juramento de haber recien habido noticia de ellas. (b)

(a) Recomendamos á los jovenes estudiosos de Jurisprudencia la lectura, de Arnoldo Vinnio en el comentario de la instituta lib. 4. tit. 13 *per totum*, donde trata detalladamente de las escepciones, caracterisado su diferencia de la mera defensa.

(b) L. 1 y 2 Tit. 5 lib. 4. R. C.

153. Aunque no es nuestro propòsito tratar prolijamente las materias, sino hacer un breve resumen de apuntamientos pràcticos, no podemos dispensarnos de hacer notar la diferencia que interviene entre la compensacion y la reconvencion, porque hemos observado que algunos principiantes las confunden.

154. La compensacion es en frase de la ley de Partida, (a) otra manera "de pagamiento, por el cual se desata la debda, que un ome debe á otro." Equivale por esto en sus efectos á la paga real y efectiva: extingue la accion del acreedor desde que el deudor adquiere otra igual contra él, y la conquasa *ipso jure*.

155. Pero para que haya lugar la compensacion, ha de ser una misma la materia de la deuda y ha de consistir en número, peso ó medida, segun la ley 21 tit. 14 p. 5. Asi siendo el deudor de dinero, acreedor de vino, no podrà escepcionarse con la compensacion porque no se puede por ley pagar una cosa por otra. Si la especie reciprocamente debida es una misma y de una misma calidad ó precio, admitirá compensacion; pero la demanda pidiendo restitucion de depósito, no admite compensacion aunque sea en una misma cantidad, especie y calidad; y aunque proceda una y otra de igual causa depositaria, en cuyo caso el depositario á quien se pide el deposito debe entregarlo, y queda reservada su accion para pedir el suyo. Tambien la ley 26 Tit. 14 p. 5 prohibe admitir compensacion en los crèditos fiscales: pero esta detestable desigualdad privilegiaria debe ser cuanto antes abolida en nuestro Estado, si aspiramos á la libertad civil, que solo puede afianzarse cuando la ley, que á todos toca, obligue à todos.

156. Procediendo la compensacion con las calidades dichas, y sentado el principio de que es una verdadera

(a) L. 20 Tit. 14 Part. 5.

paga, ó como dice en otra parte la ley de Partida, "el descuento de una deuda por otra" (a) se deduce por consecuencia, que aunque el crédito del actor tenga intereses, cesan estos desde que el deudor adquirió crédito contra su acreedor, porque desde entonces se estinguió el principal: que si el deudor pagase á su acreedor por error, pudiendo oponerle compensacion, puede repetir lo pagado por la condicion *indebito per errorem soluto*: que la compensacion tiene lugar en los juicios, con tal que pueda probarse como las demas escepciones que segun ley son admisibles en estos juicios (b): que el deudor puede oponer la compensacion no solamente al principal acreedor, sino tambien al cesionario: que tiene lugar la compensacion en toda clase de acciones, y en toda clase de juicios, aun en los que se llaman *stricti juris*; y finalmente que puede proponerse en cualquier estado de la causa; y tambien ante el Juez, ó tribunal superior en grado de apelacion; porque aunque con impropiedad se llama escepcion, y como tal podria objetarse en el tiempo prefinido por la ley para las escepciones, no es escepcion, sino defensa con todo el efecto de paga. Así opinan los autores mas clásicos. (c)

157. La reconvencion, ó mutua peticion es una nueva demanda que el reo hace al actor despues de haber contestado á la de este. Las personas son las mismas, pero las acciones son diversas; porque el reo en la primera, es actor en la segunda. La ley de partida establece todos los principios que deben rejir en la reconvencion. Asi se explica: " La tercera es, si el demandado quiere

---

(a) L. 5 Tit. 3 p. 5.
(b) LL. 1. 2 y 3 Tit. 21 Lib. 4. R. C.
(c) Vinn. inst. de accionib. § 30. Canada jui. ordinario part 1 cap. 5 Salg. de retent part. 2 cap. 9 No. 6 y 7. Surd. Decis 101 No. 4 y 7.

" mover algun pleito contra aquel que face la demandá
" ca luego que el haya fecho respuesta á ella, tenudo
" es el otro de responderle à la suya, é non se puede
" escusar que lo non faga; maguer diga que non es del
" judgado del juez ante quien le facen la demanda......
" porque bien asi como el demandador plugo de alcan-
" zar derecho ante quel judgador que asi le sea tenudo
" de responder ante él." (a)

158. De esta disposicion legal se deducen dos consecuencias las mas importantes en la materia. Primera: que sea cual fuere el juez del reo convenido, ante él debe responder el actor á la reconvencion, no obstante la regla general de derecho de que el actor debe seguir el fuero del reo, por la sólida razon del jurisconsulto Papiniano (b) que adoptó la ley citada. *Cuyus enim in agendo observat adversarium eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.* La segunda consecuencia es, que consultando principalmente la ley al beneficio público que resulta de la reduccion y brevedad del pleito, en haber sugetado el conocimiento de la reconvencion al juez ante quien se propone la primera demanda, se ha de seguir una y otra en el mismo proceso con los mismos términos, y determinarse en una sola sentencia, para evitar dos diversos juicios ante diversos jueces, mayores gastos y cuidados de las partes.

159. Es tan poderosa esta razon de utilidad pública, que aun el juez delegado, cuya estrecha jurisdiccion no debe esceder los límites prescriptos por el delegante, puede y debe conocer de la causa de reconvencion que intenta el reo contra el actor (c) y en las provincias donde se

(a) L. 32 tit. 2 p. 3 vers. *la tresena*.
(b) L. 14 cod de sent. et interloc,
(c) L. 29 tit. 4. p. 3.

conserva el fuero eclesiastico personal; el clerigo que demandare al lego ante el juez secular debe contestar ante él la reconvencion que le hiciere, sin poder alegar incompetencia, como tambien es terminantemente decidido por la ley. (a)

160. Disputan los jurisperitos si en los juicios egecutivos tiene lugar la reconvencion. Unos opinan que es admisible siempre que pueda probarse y liquidarse dentro de los términos de la via ejecutiva; pero si exigiese mas prolijo exâmen debe reservarse para otro juicio y continuar el egecutivo. Otros decididamente niegan lugar â la reconvencion en los juicios egecutivos. Esta última opinion es mas conforme con la ley 1 tit, 21 lib. 4 R. C. que contra la obligacion que trae aparejada egecucion no admite otra escepcion ni defensa que las allí espresadas; y es la seguida por la práctica de nuestros tribunales. Como la materia de compensacion y reconvencion es de uso tan frecuente en el foro, pueden verla los jòvenes juiciosamente tratada en el docto Conde de la Cañada en sus apuntamientos prácticos, Juicio ordinario Part. 1 capítulos 5 y 6.

161. Del escrito de contestacion â la demanda con las defensas ó exepciones que pone el demandado, se manda dar traslado al actor demandante quien replicará contra ellas dentro del término de seis dias segun la ley (b) y segun la prâctica de nuestros Tribunales dentro de tres, ó de audiencia â audiencia.

162. Si con la contestacion se intentó por el reo reconvencion ó mutua peticion, como esta es nueva de-

---

(a) L. 57 Tit. 6 P. 1.
(b) L. 2 Tit. 5 Lib. 4. R. C.

manda, tiene el actor nueve dias de tèrmino para responder á ella. (a)

163. En el escrito de réplica debe el actor presentar las escrituras que tuviere, sino las presentó en la demanda; porque despues no puede ya presentarlas sino con juramento de haber venido de nuevo â su noticia. (b)

164. De la réplica del actor se manda igualmente dar traslado al reo, quien debe responder con el alegato de duplica en el mismo término, y presentar con él sus escrituras, caso de no haberlas presentado en la contestacion.

165. Para mas clara inteligencia, la réplica no es otra cosa que el segundo alegato del actor para afirmar su accion, y la duplica es el segundo alegato del reo para afirmar su defensa ő escepcion. De suerte que con dos escritos de cada parte queda el pleito substanciado y concluso, así para sentencia interlocutoria de prueba, como para definitiva, sino hay hechos que probar, ò el reo ha confesado la obligacion. (c)

166. Poniendo la ley término á las alegaciones, ha cuidado de abreviar la decision de los pleitos. Pero las partes, especialmente la que posee ó retiene la cosa litigada, siempre se empeñan en dilatarlos por todos los medios imaginables. Hay tambien abogados y procuradores, que fomentan la eterna duracion de los litigios con alegaciones redundantes, repetidas, frívolas é impertinentes, y obstruidas de argumentos legales. A este interesante objeto la ley, que puso término á la infinita progresion de escritos, ordenò tambien, que cada parte ponga el hecho simplemente en encerradas razones, sin alegar leyes,

(a) L. 2. tit. 5. lib. 4. R. C.

(b) L. citada.

(c) LL. 4 tit. 16 lib. 2.—9 tit. 6 y 2 tit 5 lib. 4. R. C.

decretos, decretales, partidas y fueros; pues que nada es mas opuesto á la simplicidad del foro, que esa vocingleria fastidiosa con que mas bien se implica, que se explica la verdad.

167. A este mismo propòsito de abreviar los juicios, cuando son dos ó mas los litigantes que sostienen el mismo derecho, y deben defenderlo con las mismas excepciones, debe mandar el juez de oficio, ò á instancia de parte, que nombren un solo procurador que siga por todos la causa; (*) porque de este modo se evitan las inútiles dilaciones que necesariamente causarian muchos colitigantes, y las costas recrecidas con multiplicadas notificaciones, como he visto en muchos pleitos, especialmente de division de herencia, por fortuna de los escribanos.

168. Dije que con los cuatro escritos de demanda, contestacion, réplica y dùplica queda el pleito concluso, asi para sentencia interlocutoria de prueba, como para definitiva; y añado que debe ser tenido por concluso aunque las partes no concluyan; pues así lo disponen de una manera terminante las leyes, y no sé como contra su espresa decision ha sostenido el Conde de la Cañada la opinion que dice ser conforme con la prâctica de los consejos y chancillerias de España, de que del ùtimo escrito debe comunicarse traslado al actor, no para que replique, sino para que concluya. (a) La ley 2. tit. 5. lib. 4 de la R., despues de hablar de los cuatro escritos ordena " que dende en adelante no reciban otras peti- " ciones, y con esto sea habido el pleito por concluso, " sin otro auto de conclusion. " La L. 9. tit. 6. lib. 4. del mismo código es mas clara y decisiva. " Mandamos

(a) Cañada. Juic. ord. part. 1. Cap. 7.
(*) L. 15 Tit. 10 Lib. 1. F. Real.

" que por evitar dilacion en los pleitos, que con cada dos " escritos que las partes presentaren sea habido el pleito " por concluso, aunque las partes no concluyan, así para " sentencia interlocutoria, ó recibir á prueba ó para difi- "nitiva," y esta es la práctica de nuestros tribunales.

169. Es de advertir que cuando alguna de las partes deja vencer el término, sin responder al escrito de que se le ha dado traslado, la otra ha de acusarle rebeldía, pidiendo se le manden sacar los autos por apremio, y llamados se resuelva en su estado. El juez provee desde luego, y manda que siendo pasado el término se saquen por apremio; lo que ejecutan en los juzgados y tribunales inferiores los alguaciles y oficiales de justicia; en el Consulado uno de sus porteros, y en la Cámara de Justicia, el portero que esté en la semana de alguacil de vara. Sacados los autos, el juez ò tribunal los llama para resolver interlocutoria ó definitivamente segun corresponda; porque es un abuso espresar y admitir dos, tres ó mas rebeldias contra el principio constante que siempre debe rejir de acelerar los juicios, y contra la disposicion de la ley (a) concebida en estos términos: " Ordenamos y man- " damos que en los nuestros consejos y audiencias para " concluir los pleitos en cualquiera estado, no se espere " la tercera rebeldia; sino que todo lo que en los pro- " cesos se hacia fasta aqui con tres rebeldias, ansi para " sentencia definitiva, como para autos interlocutorios, se " concluya con sola una rebeldia."

170. Dado el último escrito, el juez llama los autos, mandando citar à las partes para determinar. Si del exámen de ellos resulta probada la verdad por confesion de parte, ò si la cuestion consiste solamente en derecho, sen-

(a) L. 15 Tit. 4. Lib. 2. R. C.

tencia definitivamente la causa; pero si consiste en hechos provee auto interlocutorio mandando se reciba á prueba por el término que juzgare conveniente, (a) el cual siempre es comun á las partes y ha de regularse por la calidad de la causa, circunstancias de las personas y distancias de los lugares, donde haya de hacerse.

171. Notificado este auto á las partes, forman sus abogados el interrogatorio por el cual han de ser examinados los testigos que ofrecieren, y lo presentan con un pedimento firmados uno y otro por su letrado, (*) porque contiene lo mas esencial de la causa; á saber, la prueba que convenga pedirse sobre los hechos mas importantes, cuyo discernimiento ha sido confiado por las leyes al juicio y saber de los letrados, á quienes encargan que procuren que se hagan las probanzas convenientes, ciertas, y verdaderas....y que no pidan términos para probar lo que saben, ò creen que no ha de aprovechar, ó que se puede aprobar, (b) y que los letrados firmen de sus nombres los interrogatorios y artículos de ellos en primera y segunda instancia; (c) porque la prueba es el medio de averiguar la verdad y esclarecer la justicia, objeto único de los juicios; y asi, cuando es necesaria, como que pertenece á la defensa natural, es de la substancia del juicio, y su omision dà un fundamento justisimo para apelar.

172. Por estas mismas razones conviene que el abogado tenga gran cuidado en formar el interrogatorio sobre los hechos alegados en el proceso, y que sean conducentes al descubrimiento de la verdad; porque todo cuanto se probare sin conducencia al objeto de la demanda es inútil é impropio de la circunspeccion de los

(a) L. 1 Tit. 7 Lib. 4. R. C.
(*) L. 3 y 24 Tit. 16 Lib. 2. R. C. y L. 20 Tit. 22 id.
(b) L. 3 Tit. 16 Lib. 2. R. C.
(c) L. 24 Tit. 16 Libro 2. R. C.

juicios. La ley se esplica á este propósito en términos muy precisos. "Otro si decimos, que aquella prueba "debe ser tan solamente recibida en juicio que pertenece "al pleito principal, sobre que es fecha la demanda, ca non "debe consentir el judgador, que las partes despiendan su "tiempo en vano, en probando cosas, de que non se pue- "de despues aprovechar, maguer las provasen" (a)

173. Si la parte tuviere que hacer prueba de testigos residentes fuera del lugar del juicio, se pide por un *otro sí* se libre despacho con insercion del interrogatorio y prévia citacion contraria, dirigido al juez de su residencia para que sean examinados con arreglo á él, y fecho se devuelva al de la causa. (†)

174. Cuando viere que el término de la prueba señalado por el juez no es suficiente, pedirá por un *otro sí* ò en escrito separado pròroga por los dias que juzgare necesarios, ó por el término de la ley, que es ochenta dias, (b) habiendo de hacer la prueba dentro de la provincia, y para fuera de ella el que respectivamente señala la ordenanza de nuestro tribunal, cuyo índice se pone al fin de esta obra, con advertencia que cuando la probanza, ha de ser ultramar, pero de hechos sucedídos en el territorio del juicio, se pide el término ultramarino, dando informacion de que los testigos están ultramar, que se hallaron en el lugar á la sazon que sucedió el hecho, y designando sus nombres, (*) con calidad de depositar el dinero que el juez graduare para las costas que el contrario hiciere en enviar á ver presentar jurar y conocer á los testigos. (‡)

(a) L. 7 Tit. 14 P. 3. y L. 4. Tit. 6. Lib. 4. R. C.
(†) L. 27 tit. 16. P. 3.
(b) L. 1. Tit. 6. Lib. 4. R. C.
(*) LL. 1 y 2 tit. 6. lib. 4. R. C.
(‡) Cur. part. 1, § 16. No. 13.

175. Pero cuando el hecho que ha de probarse ha sucedido ultramar, no se pide el término extraordinario ò ultramarino, sino el ordinario de prueba señalado por la ordenanza para cada distancia. (a)

176. Para pedir próroga del término concedido debe la parte exponer que està dentro de él, y no necesita probar causa como enseña el Dr. Gutierrez en su prontuario de los juicios, cap. 1. § 2. porque la ley de Partida (b) que señalaba tres plazos con calidad de concederse el primero sin causa, el segundo y tercero con conocimiento de ella, quedó derogada por la citada ley de Recopilacion, y toda vez que se negare la próroga solicitada dentro del término y hasta los ochenta dias legales, seria muy fundada la apelacion, porque aunque el auto de prueba y restriccion de tèrminos para probar sea interlocutorio, trae gravàmen irreparable. Esta es la práctica de nuestros tribunales.

177. Presentadó el interrogatorio en la forma dicha, el juez admitiéndole en lo que sea pertinente, manda que à su tenor se examinen los testigos que la parte presentare. Si se pide despacho de receptoría le manda librar con los insertos necesarios, (*) y si se pide próroga, la otorga.

178. Para mas cabal instruccion en una materia de la mayor importancia, cual es la prueba, conviene explicar por partes cuanto hay de práctico en el anterior decreto. La cláusula que admite el interrogatorio en cuanto sea pertinente, es muy saludable; porque no debiendo el juez admitir probanzas inconducentes, segun las leyes antes ci-

(a) Acev. in leg. 1. Tit. 17 Lib. 4. R. y Villadiego. Cap. 1. § prueba.
(b) L. 3 Tit. 15 P. 3.
(*) Cuales sean estos, vease Feb. Tom. 4 Pag. 67 No. 10, y L. 114 Tit. 15 Lib. 2. R. Ind.

todas, y siendo imposible, ó al menos difícil, en el estado de prueba calificar cada artículo de conducente, sin un prolijo exàmen de la causa y hechos del proceso, salva el objeto de la ley con la referida cláusula, dejando para la sentencia el exàmen de la utilidad, ó impertinencias de de las pruebas.

179. Se mandan examinar los testigos que la parte presentare, y regularmente se comete al escribano actuario esta facultad; pero en las causas de gravedad puede la parte pedir que el juez los examine por sì mismos, y así debe proveerlo conforme á la ley. (*) Para el exàmen de los testigos es necesaria la citacion contraria, porque sin ella no harian fé; (a) pero se entiende hecha esta citacion con la notificacion que se hace á las partes del auto de prueba. (†) Entièndase lo dicho cuando los testigos se han de producir en el lugar del juicio; porque si se han de examinar en otro por receptoría, ha de ser la parte contraria especialmente citada; (b) y si quiere esta presenciar por sì ò por procurador el juramento de los testigos, puede pedir que se les señale dia y hora para verlos jurar.

180. Si alguna de las partes pidiese despacho para el exàmen de testigos residentes fuera del lugar del juicio, pero dentro del territorio de la jurisdiccion del juez de la causa, el despacho de receptoria será de comision al juez inferior de paz ò de hermandad; si fuere para ageno territorio, pero del mismo estado ó nacion, será requisitorio dirigido al juez igual; (‡) mas si fuere para nacion estrangera, será

(*) L. 18 Tit 6 Lib. 3. R. C.
(a) L. 23 Tit. 16 P. 3. y L. 8 Tit. 6 Lib. 4. R. C.
(†) Cur. Plip. Part. 1. § 16. No. 17. Gutier. Cap. I. § 2.
(b) Cur Filip. 1. Part. § 16 núm. 17.
(‡) L. 31 Tit. 21 Lib. 4. R. C.

de ruego y auxiliado, que lo dirigirá al Gobierno donde haya de tener egecucion y efecto.

181. Desde que el escribano recibe el interrogatorio presentado por las partes debe cuidar de que no lo vea persona alguna, sino los testigos al tiempo de su exámen, y reservarlo juntamente con las pruebas que se producen hasta que se mande hacer publicacion de probanzas.

182. Seis especies de pruebas conoce el derecho; á saber: la de confesion de parte, la de testigos, la de escrituras, la del juramento decisorio de la parte, la de vista de ojos y evidencia del hecho, y la de presuncion. (*)

183. La confesion judicial es prueba plena. (†) Puede hacerse al contestar la demanda; en cuyo caso cesa el progreso del juicio, y el juez condena al reo al pago ó restitucion de la cosa, segun queda dicho en el No. 142 de este capítulo. Puede hacerse extrajudicialmente ante dos ó mas testigos (a) que tambien es prueba plena siempre que esprese la causa de la deuda. Puede tambien hacerse en contestacion á las posiciones que la parte contraria le pusiere.

184. Cuando alguna de las partes juzgare conveniente que su contraria jure posiciones, presentará pedimento con las preguntas conducentes para que á su tenor las absuelva, jure y declare conforme á la ley, y só la pena de ella, (b) y esto puede hacerse despues de la contestacion, antes del término probatorio, dentro de él, y despues. (‡) El juez en este caso manda, *como se pide*, y

(*) L. 8 Tit. 14 P. 3.
(†) L. 2 Tit. 13 P. 3. y L. 5 Tit. 21 Lib. 4. R. C.
(a) L. 7 tit. 13 p. 3.
(b) LL. 1 y 2 Tit. 7 Lib. 4 R. C.
(‡) L. 2 Tit. 12, P. 3.

han de absolverse clara y abiertamente por palabras de niego ó confieso, siendo de advertir que en los artículos á que no quisiere el litigante responder, es habido por confeso; (‡‡) aunque contra esta confesion ficta se admite prueba. (*)

185. La segunda especie de prueba es la de testigos, y como es la mas frecuente, me detendré contra el sistema de este resumen, en tratar de ella con alguna prolijidad. Es constante que el testimonio de dos testigos contestes y mayores de toda escepcion hace plena prueba por derecho, (a) y de uno solo hace semiplena, que no es bastante para condenar.

186. "Todo ome que fuese de buena fama y á quien no fuere defendido por las leyes....puede ser testigo por otro en juicio y fuera de juicio" dice la ley; (b) pero no pueden serlo el menor de catorce años en las causas civiles, y el de veinte en las criminales, (c) la muger en los testamentos, aunque puede serlo en otras causas. (d) No pueden ser testigos el perjuro, el escomulgado, el infame, el muy pobre y vil, el que mantiene públicamente barragana, el loco, el esclavo, el pariente dentro del cuarto grado, sino es en razon del parentezco ó edad, el interesado en la causa, el familiar, criado ó paniaguado, el intimo amigo, ni el enemigo capital. (e) Tampoco puede ser testigo el acusado y preso por causa criminal, (f) ni

(‡‡) LL. 1 y 2 Tit. 7 Lib. 4. R. C.
(*) Paz. Tom. 1 part. 1 temp. 8 No. 61.
(a) L. 32 tit. 16 P. 3 y L. 2 tit. 21 lib. 4 R. C.
(d) L. 8 tit. 16 P. 3.
(b) L. 9 tit 16 P. 3.
(c) L. 17 tit. 16 P. 3.
(e) L. 8 tit. 16 P. 3.
(f) L. 10 tit. 16 P. 3.

el ebrio habitual, ni todos aquellos que se escluyen en el Tti. 16 de la Partida 3.

187. El juez puede apremiar por prision y embargo de bienes al testigo renuente, (a) debiendo el que lo presenta indeminzarle de los daños y costos que se causen en venir á dar su testimonio. (b) Pero no pueden ser obligados los ascendientes á testificar contra los descendientes, ni estos contra aquellos, ni los colaterales consanguineos hasta el cuarto grado, ni el liberto contra el que le dió la libertad, ni la muger contra el marido, ni el yerno contra el suegro por la razon que dá la ley (c) *de tener debdos muy grandes entre sí.* Esceptuan los autores juristas las causas de estado y crímenes de traicion; pero no hay una razon de justicia que persuada esta opinion.

188. Los testigos discordes en lo principal del negocio no hacen fé, porque son singulares. (d) Hay tres clases de singularidad: (*) la primera es *diversificativa* cuando los testigos son varios en hechos reiterables, v. g., cuando uno declara que vió á Juan robar un caballo de la hacienda de Antonio, y otro declara que lo viò robar cien pesos de la casa de Francisco, en cuyo caso no hay prueba plena. La segunda es *obstativa*, cuando los dichos de los testigos se contrarian y repugnan entre si, v. g., si uno depone que Diego mató á Fernando en la plaza, y otro dice que lò mató en su casa. Esta singularidad destruye toda la fé de los testigos. La tercera es *adminiculativa*, como si un testigo dice que vió à Pedro prestar á Manuel mil pesos, y

(a) L. 6. Tit. 6. Lib 4. R. C.
(b) Elisondo. Pract. Univ. Tom. 1. Pág. 125.
(c) L. 11 Tit. 16 P. 3, y L. 6 Tit. 6. Lib. 4. R. C.
(d) L. 28 Tit. 16 P. 3.
(*) Feb Tom. 4 Pag. 153 No. 60.

otro dice que lo vió á este otorgar el documento de obligacion; y en este caso si no hay prueba plena, hay mas que semiplena. (a)

189. No merece fé alguna el testigo que depone cosas inverosimiles. (b) Tampoco la merece el que declara ante juez incompetente, ó sin citacion de partes. No pueden ser testigos el abogado ni el procurador en los pleitos en que intervienen, ni tampoco el tutor ó curador del huérfano en la causa de su protegido. (c)

190. Para que los testigos hagan prueba concluyente han de ser preguntados de modo que den razon de su dicho, y como saben la verdad que deponen; si por ciencia adquirida por alguno de los sentidos; si de oidas, ó de mera credulidad. (d) Han de ser examinados en secreto sin que los otros testigos se impongan de sus declaraciones, y han de ser juramentados previamente y segun la creencia y religion que profesaren. (e)

191. Si se trata de pericia, arte ó ciencia, se debe ver el parecer de dos peritos si los hubiere. (†) Cuando se nombran contadores por el juez para liquidar algun negocio no pueden resolver ninguna duda ó cuestion de derecho, sino solamente lo que pertenece á cuenta y razon. (f)

192. Siendo el testigo estrangero, que no sepa espresarse en nuestro idioma se ha de examinar por medio de dos intérpretes jurados para que haya prueba plena de sus dichos, á no ser que las partes convengan en uno solo. (*)

(a) Farinac. de Testib. q. 64. Elisondo Tom. 1. Pág. 129.
(b) Farinac. de Testib. q. 62.
(c) L. 20 Tit. 16 P. 3.
(d) L. 26 Tit. 16 P. 3.
(e) Ll. 1º, 20 y 21 Tit. 11 P. 3. y LL. 1, 2, y 3 Tit. 7. Lib. 4. R. C.
(†) Feb. Tomo 4 Pág. 155 No. 74
(f) L. 50 Tit 5. Lib. 2. R. C.
(*) Cur. Filp. 1. Part no 17. § 26.

193. No puede recibirse prueba de testigos antes de la contestacion de la demanda sino en los casos permitidos por derecho; á saber, cuando los testigos son muy viejos, ó están gravemente enfermos, y se teme con probabilidad su muerte, ó cuando están para ausentarse por largo tiempo, de suerte que se esponga por esto el derecho de la parte que pretende presentarlos, (a) y entonces se recibirán sus declaraciones con citacion de la parte contraria, y se reservarán hasta el tiempo de la publicacion de probanzas.

194. La tercera especie de prueba es la que se hace con instrumentos. Es tan eficaz como la de testigos; y en causas sobre hechos ó derechos antiguos es de preferencia. Todo instrumento se divide en auténtico, público y privado. Auténtico es el que se libra á nombre y con el sello del príncipe del Gobierno de un país, ó de otra autoridad elevada. Público es el otorgado ante escribano público, y el privado es el que se otorga sin esta solemnidad con testigos ó sin ellos. El instrumento público, ó es matriz, que es el que queda registrado en el protocolo del escribano ante quien pasó, ó es original, que es el que saca por el mismo escribano ante quien se otorgó por mandato judicial y con citacion de partes, (b) y muchas veces sin estos requisitos, cuando el otorgante por cláusula espresa dá facultad para que se dé sin ellos á aquel á cuyo favor se otorga, ó es traslado, que es el que se saca del original; y es aquí oportuno advertir á los escribanos del abuso que cometen en no hacer firmar la escritura matriz á los testigos, contra la espresa disposicion de la ley de Partida. (c)

195. El instrumento sin fecha del dia, mes y año de su otorgamiento no hace prueba alguna. (d) Tampoco la

(a) L. 2 Tit. 16 P. 3, y L. 14 Tit. 18 Lib. 12. R. C.
(b) L. 24 Tit. 29 Lib. 4. R. C.
(c) L. 114 Tit. 18 P. 3.
(d) L. 54 Tit. 18 P. 3, y LL. 1 y 13 Tit. 25 Lib. 4. R. C.

hace el instrumento roto en parte sustancial, como en los nombres de los contratantes ô de los testigos, en la cosa, materia del contrato, en la cantidad ò plazo; ni el raido, testado, enmendado, ò entrerenglonado, ó defectuoso por las circunstancias que espresa la ley de Partida. (a) Aunque si está raido ó defectuoso por su antigüedad, y puede no obstante entenderse su contesto por los antecedentes y subsiguientes, es fidedigno.

196. El instrumento privado, otorgado ante dos testigos firmados, hace prueba viviendo los testigos y deponiendo de su certeza; (b) pero si solamente es subscripto por el otorgante, no prueba sin reconocerse por el judicialmente. (*)

197. La escritura ò instrumento prueba contra el que lo presenta porque por el hecho de exibir confiesa su verdad. (c)

198. Comunmente se practica reproducir en el término de prueba los instrumentos presentados en el decurso del pleito, pidiendo se tengan en parte de ella; pero esto no es necesario despues que la ley recopilada dispuso que se juzgase sabida la verdad y sin sugesion à las escrupulosas formalidades de derecho. Asi, todo juez para calificar el mérito de las pruebas debe tener en consideracion el de los instrumentos presentados legitimamente, y que ya obran en el juicio.

199. La cuarta especie de prueba es el juramento decisorio de la parte: que es el que uno de los contendores en juicio, ó fuera de él, propone al otro protestando diferir y estar por lo que jurare. De él hablan

(a) L. 111 Tit. 18 P. 3.
(b) L. 114 Tit. 18 P. 3.
(*) L. 119 Tit 18 P. 3.
(c) Surd. Cons. 151 No. 93.

las leyes de Partida y de Recopilacion muy circunstanciadamente. (a) Se percibe fácilmente cuan peligroso es pedir este juramento, y la circunspeccion con que un abogado debe tentar esta clase de prueba, que una vez prestada le niega toda otra, y obliga al Juez á librar el juicio. Asì, esta prueba solamente sè solicita à falta de otras y en causas leves; y por esto se llama supletoria. Cuando se pide el juramento de la parte contraria, es ùtil usar de la cautela de no diferir en lo que bajo su gravedad digere, sino en lo favorable; y asî se practica generalmente.

200. La quinta especie de prueba es la vista de ojos ó evidencia del hecho; porque "contiendas ó pleitos acae- "cen entre los omes, segun dice la ley de Partida, que "son de tal natura que non se pueden departir por "prueba de testigos ó de carta, ò de sospecha, á menos "que el judgador veà primeramente aquella cosa sobre que "es la contienda ò pleito." (b) Tales son los pleitos sobre tèrminos de heredades ò pueblos, sobre servidumbres rusticàs ó urbanas, sobre injurias de hecho, sobre la legalidad de libros de cuenta, y otros de este genero. Esta es sin duda la prueba mas segura y menos espuesta à falsedades.

201. Cuando el abogado juzgare conveniente la *vista de ojos*, ha de solicitarla dentro del término probatorio, (*) con especial citacion contraria, pues no basta la notificacion del auto de prueba; y si fuere necesario el reconocimiento de peritos, propondrá uno por su parte pidiendo que se mande que la otra lo proponga por la suya,

(a) L. 2. Tit. 11 P. 3. LL. 1 y 2 Tit. 7 Lib. 4. y L. 14 Tit. 8 Lib. 2 R. C.
(b) L. 8 y 13 Tit. 14 P. 3.
(*) Feb. dice que hasta la conclusion se admite està prueba. Tomo 4 Pag, 174 No. 103.

sin perjuicio de nombrarlo el juez de oficio en rebeldia, ó tercero, en caso de discordia. (*)

202. Es muy importante distinguir entre los peritos aquellos que se proponen como testigos, y que deben producirse segun su juicio intelectual ò pericia; de los que se nombran como àrbitros para decidir y juzgar del punto litigioso; porque de la confusion de éstas dos funciones resultan graves discordias. Es digno de leerse sobre este particular el docto Fiscal D. Antonio Elisondo en su Pràctica Universal Forense, tomo 4 juicio ordinario, desde el número 22 hasta el 30.

203. La sexta especie de prueba es la presuncion que la ley de Partida llama "gran sospecha" que vale tanto en algunos casos como averiguamiento de prueba. (a) La presuncion puede definirse; la congetura racional y probable de un hecho, ó de un delito que resulta de algunas circunstancias, é inclina el ánimo à creerlo. (b) Asi, segun la fuerza de las circunstancias que la producen, es leve, grave, ó violenta. La presuncion, ò es de derecho, ó es *juris et de jure*, ó es meramente de hombre. La primera es la que se halla aprobada espresamente por alguna ley: tal es la presuncion que tiene para reputarse dueño de una cosa, el que probare haber sido antes dueño de ella, mientras no se le pruebe lo contrario. (c) La segunda es la que la ley tiene por tal, estableciendo sobre ella un derecho invariable como sobre la verdad probada: tal es la presuncion de que es adultera la muger que apercibida por su marido para que se abstenga de todo trato y comunicacion con determinado

(*) Feb. Tom. 4 Pag. 155 No. 74.
(a) L. 8 Tit. 14 P. 3.
(b) Gomez Tom 3. Variar. Resolut. Cap. 12 No. 2.
(c) L. 10 Tit. 14 P. 3.

hombre, se le hallare hablando con él sola en su casa, ó en la del mancebo. (a) La tercera especie de presuncion es la de hombre, y se dice tal la que no siendo designada por alguna ley, forma el juez por verosimilitud que le envian las circunstancias. La primera y tercera admiten prueba en contrario. (*) La presuncion *juris et de jure* no la admite, á no ser la natural y de evidencia. (†)

204. Llâmase prueba supletoria y artificial la presuncion, porque no equivale à la prueba perfecta, ni dá certidumbre al juez; (y dejando à un lado la multitud de opiniones sobre el valor de la presuncion para juzgar por ella, sobre que puede verse al Cardenal de Luca *de judiciis* discuro 23 desde el número 12, solamente me atrevo à decir con la ley de Partída ya citada "que en todo "pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales "ó de sospecha fuera ende en aquellas cosas que mandan "las leyes de este nuestro libro; porque las sospechas mu- "chas vegadas non aciertan con la verdad" (b) y mucho menos pueden hacer prueba plena, las presunciones en las causas criminales, en que el delito *debe ser probado abiertamente por testigos ó por cartas, ó por conocencia del acusado, é non por sospechas tan solamente* como está dispuesto por la ley (c) y es conforme á la razon y â la equidad natural. Sin embargo, en materia civil puede la prueba de presuncion elevarse al grado de completa, cuando resulta liquidisima por el concurso de muchas congeturas imperfectas, pero simultaneas, cuya graduacion es de la prudencia y circunspeccion de los magistrados, que nunca deben negar la apelacion ó la súplica, cuando hubieren juzgado por prueba de presuncion.

(a) L. 12 Tit 14 P. 3.
(*) Greg. Lopez in leg. 110 Tit 18 P. 3 glos 7.ª
(†) Greg. Lopez in leg. 6. Tit 25. P. 4 glos 2.ª
(b) L. 8 Tit 14 P. 3.
(c) L. 12 Tit. 14 P. 3.

205. Concluido el término de prueba, cualquiera de las partes, y principalmente aquella á quien mas conviene la pronta terminacion de la causa, pide se haga publicacion de las probanzas, agregándose à los autos las que se hubieren producido, certificando el escribano si no las hubiere, y que fecho se entreguen para alegar de bien probado. De este escrito manda el juez dar traslado à la parte con calidad de autos, que equivale á citacion, para el de publicacion; y con lo que contestare ò su rebeldìa, despues de acusada al tercero dia, resuelve si hubiere lugar mandando publicar las pruebas y agregarse à los autos, certificarse por el actuario, y entregarse à las partes por su órden. Toda esta estacion del juicio se halla prolijamente esplicada en la ley de partida. (a)

206. Hecha la publicacion de probanzas los que gozaren privilegio de restitucion que son los menores de veinte y cinco años, el Fisco, las Iglesias, los Consejos ó municipalidades, los Colegios y otros pueden intentar dentro de quince dias (b) este remedio, solicitando se les restituya el término probatorio por no haber hecho las probanzas dentro de él, ò no haber hecho las bastantes. El Juez sustancia el artículo comunicando traslado á la parte contraria, y con su respuesta, si hallare mérito para la restitucion, la otorga por la mitad del término ordinario con que primero se recibiò la causa, sin computar el prorogado. (c) De este término puede tambien usar el colitigante, porque fingiendo la ley por medio de la restitucion, que el menor ó privilegiado vuelve á estar en el término comun del cual podrian usar las otras partes sino se hubiera cumplido, pueden sin duda aprovecharse de esta ficcion. (d)

(a) L. 37 Tit. 16 P. 3 y L. 10 Tit. 6 Lib. 4. R. C.
(b) L. 3 Tit. 8 Lib. 4. R. C.
(c) L. 3 Tit. 8 Lib. 4. R C.
(d) Gomez in leg. 9 Taur No. 60. Cañada *Juicio ordin*. P. 1 Cap. 9 No. 78

207. Aunque para la restitucion *in integrum* deben probar los que la gozan el daño que hubiesen recibido; pero para la restitucion del término de prueba basta alegarlo y pedirlo dentro de los quince dias, segun el texto de la ley; (a) y despues de concedida esta restitucion no se hace lugar á otra, segun la misma ley; porque dos ficciones procedentes de una misma causa son resistidas por derecho. Y es de advertir, que ni en los tribunales inferiores, ni en los superiores ha estado en uso exigir el depòsito pecuniario que por via de pena ordena la citada ley de Castilla para el caso de que el menor no probase los artículos propuestos dentro del término concedido por via de restitucion, quizâ porque por temor de la pena no se retraigan los menores de solicitar un beneficio, sin el cual queda aventurada su natural defensa.

208. Mandados entregar los autos por su òrden, los recibe primero el actor, quien, lo mismo que el reo, tiene seis dias para tachar en su persona, ó en sus dichos los testigos contrarios, (b) y abonar los suyos. Si hubiere de poner tachas, han de ser claras, concluyentes y especìficas en la forma prevenida por la ley; (c) porque en caso contrario no deben ser admitidas. De esta solicitud se comunica traslado á la parte contraria, à quien no le corre el têrmino de los seis dias, sino desde que está en su mano sacar los autos: ver quienes son los testigos contrarios: examinar lo que han declarado; y poder asegurarse de la calidad de sus personas, y de la falsedad de sus dichos, porque de otra suerte, correria el término contra el ignorante é impedido. Asì siente el Conde de la Cañada, fundado en sólida razon de derecho, y en el texto de la ley del ordenamiento que

(a) L. 3. Tit. 8. Lib. 4. R. C.
(b) L. 1. Tit. 8. Lib. 4. R. C.
(c) L. 2. del mismo Tit. y Lib.

dice. "E presentados los testigos dentro en los términos "de la probanza, segun mandan las leyes de este nues-"tro libro y segun fuero y uso de muestra Corte, é pu-"blicados sus dichos, y dada la copia de ellos á las par-"tes, sea asignado tèrmino perentorio de ocho dias à am-"bas las partes para contradecir y tachar los testigos "que quisieren asi en dichos como en personas." Y aunque la ley recopilada supradicha limitó el término á seis dias, no derogó la necesidad de dar copia â las partes de las probanzas hechas. (a)

209. Substanciado el artículo, manda el juez se reciba á prueba de tachas con el término que considere bastante, y que no puede exceder de la mitad del término ordinario; que fué dado para la prueba principal; y vencido no hay restitucion en primera, ni en segunda instancia, como espresamente lo dispone la ley. (b)

210. Tambien es de notarse, que en las causas en que puede haber restitucion del término probatorio, aunque se hayan puesto tachas de testigos, no se ha de recibir à prueba hasta pasados quince dias en que aquella puede solicitarse; (c) porque concedida la restitucion, està pendiente el término probatorio en lo principal; y seria extemporaneo probar las tachas de los testigos de la parte contraria, mientras esta no ha acabado de producirlos.

211. Pero la grave duda es, si despues de cumplidos los quince dias que la ley señala para pedir restitucion, pueda inmediatamente recibirse la causa à prue-

---

(a) L. 1. Tit. 4. Lib. 3. del ordenamiento. Cañada Juicio Ordin. Part. 1. Cap. 10.

(b) L. 1. Tit. 8. lib. 4. R.

(c) L. 3. Tit. 8. Lib. 4. R. C.

sa. de tachas, y correr los dos términos juntos, como opinan algunos prácticos, y entre ellos el Dr. Gutierrez abogado de Charcas en su *prontuario de los juicios*, impreso en Lima en el capítulo 192 pag 17, ò si deba esperarse à que se venza el término restituido y se haga la publicacion de las probanzas hechas en uso de restitucion. Confieso que mientras he egercido la profesion de abogado, ni en once años de juez me ha ocurrido este caso; pero seguiré siempre con el docto Conde de la Cañada (a) la segunda opinion, fundado en que la citada ley 3 tit. 8 de la Recopilacion no dispone que corran simultaneamente los términos de prueba, el de la restitucion y de las tachas: antes por el contrario su manifiesto espíritu es, que no se empieze á probar las tachas antes que se hayan recibido y publicados los dichos de los testigos tachables. Porque antes de publicarse las pruebas hechas dentro del término restituido, que es comun á las partes, no pueden tacharse los testigos en sus dichos que todavia se suponen ignorados; porque no se puede hacer la publicacion de probanzas durante el término probatorio concedido en la restitucion, y porque serìa ridículo estar probando tachas de unos testigos y presentandose simultaneamente otros para que depongan.

212. Vencido el término de prueba y de tachas si las hubo, se publican, y agregadas à los autos se comunican à las partes por su òrden, segun se ha dicho. El actor en el término de seis dias presenta un escrito, que se llama de bien probado, en el cual tiene por objeto hacer mérito de las pruebas producidas en su favor, rebatir las contrarias, aplicar ajustadamente á los hechos justificados en el proceso los derechos que corresponden y

(a) Cañada, Juicio Ord. Part. 1. Cap. 10.

demostrar al juez la justicia de su demanda. Se dà traslado al demandado, quien en igual tèrmino contesta alegando con arreglo á lo probado; y demostrando sus escepciones y defensa, y ambos concluyen; pero si no concluyeren, el juez debe dar la causa por conclusa, y citar las partes para sentencia definitiva. (a)

213. Visto es que la conclusion tiene dos efectos. El primero es la manifestacion que por ella hacen las partes al juez de haber cerrado todas sus razones y no tener mas que añadir, alegar ni probar; y el segundo es la aprobacion que hacen de su jurisdiccion, dejando ya desde entonces el proceso en sus manos para que pronuncie sentencia, dando por ella fin al pleito; de suerte que no les queda à los litigantes despues de la conclusion mas facultad que de instruir al juez de su derecho, alegando leyes y fueros, como se explica la ley 4 tit. 16 lib. 2 de la Recopilacion; pero no de probar, ni agregar pieza alguna justificativa á los autos.

214. Puesta la causa en estado de sentencia, y citadas las partes para oirla, debe el juez proceder á pronunciarla. Este es el acto mas grave y delicado de su ministerio, pues por él dá término á los pleitos y redime á los litigantes de los gastos é incomodidades que les causan. "Grande es el pro que del juicio nace, que es dado de-"rechamente; (dice la ley de Partida) ca por él se acaban "las contiendas que los omes han entre sí delante de "los judgadores é alcanza cada uno su derecho." (b) Por esta razon me he propuesto detenerme algo mas de lo que exige esta obrilla y tratar con pluma mas prolija de todas las circunstancias que debe tener en consideracion un juez para pronunciar recta y legalmente su sentencia.

(a) L. 9 Tit. 6. Lib. 4. R. C.
(b) L. 2. Tit. 22 P. 3.

215. Para mayor claridad es de notar que la sentencia ò es interlocutoria ó definitiva. (*) Llamase interlocutoria la que resuelve solamente el articulo suscitado al principio, medio ó término del negocio principal. La interlocucion puede ser puramente tal, y es cuando puede repararse por la definitiva, ó puede traer gravámen que no puede repararse en la sentencia definitiva.

216. Todos los autos provisionales son meramente interlocutorios, como los que deciden de alimentos, litis expensas, de mantencion del interin, y otros de este genero.

217. Sentencia definitiva es la que dirime la controversia principal, dando fin al pleito pendiente entre partes. (†)

218. Veinte dias señala la ley al juez ordinario de 1.ª instancia por término, dentro del cual es obligado á pronunciar definitiva, bajo la pena en ella señalada, si siendo requerido no la pronunciare. (a) Pero como el espíritu de esta disposicion legal se dirige à evitar las dilaciones maliciosas, ó la negligencia de los jueces en perjuicio de la causa pública, no puede exigir que estos, cuando se hallan gravados con muchos y àrduos negocios por cumplir con el término que le prefine, falten al encargo que tienen mas formal de no precipitar sus decisiones, como se dirá mas adelante; y por eso el vencimiento material de los veinte dias no siempre funda mérito para el recurso de retardada justicia, sino cuando concurren circunstancias que marcan la dilacion, especialmente en Buenos Aires donde la multitud de negocios no permite á los jueces de 1.ª instancia darles un expediente rápido, sin embargo de que sacrifican al despacho aun las horas de descanso.

(*) L. 2. Tit. 22 P. 3.
(a) L. 1 Tit. 17 Lib. 4 R. C.
(†) L. 2. Tit 22. P. 3 vers. *la tercera*.

219. Con el mismo cuidado con que han consultado las leyes precaver la morosidad del juez, han procurado el acierto de sus decisiones definitivas, porque el objeto primordial de los juicios es dar á cada uno la justicia que tuviere. "Cierto é derechurero, (dice la ley de Partida) é "catada é escodriñada é sabida la verdad del fecho debe "ser dado todo juicio, mayormente aquel que dicen senten-"cia definitiva: porque tal juicio como este, pues que una "vez lo hobiese bien ò mal judgado non lo puede toller nin "mudar aquel juez que lo juzgó. (a) Con igual espresion previene en otro lugar que cuando las partes contienden sobre algun pleito en juicio "deben los judgadores ser acu-"ciosos en puñar de saber la verdad de él por cuantas "maneras pudieren. E cuando supieren la verdad deben "dar su juicio en la manera que entendieren, que lo han "de facer segun derecho." (b) Este mismo encargo hace la ley Recopilada, (c) y es conformisimo al fin á que han sido ordenados los juicios, que es el de terminar las contiendas dando á cada uno su derecho.

220. Por estos principios, la principal obligacion de un juez consiste en examinar con esquisita diligencia el proceso, buscando en él la verdad y certeza de los hechos, y hacer á ella la exacta aplicacion de los derechos, que es en lo que consiste la justicia. Y toda vez que procediese precipitadamente sin haberse tomado el tiempo necesario para este exámen serio y reflexivo, su sentencia será precipitada y nula, como contraria â la intención y al objeto de la ley. Mas como esta no señala, ni ha podido señalar el tiempo que el juez necesite para examinar el mérito de cada causa, porque esto depende de

(a) L. 3 Tit. 22 P. 3.
(b) L. 11 Tit. 4 P. 3.
(c) L. 10 Tit. 17 Lib. 4 R. C.

la entidad de ella, del volumen del proceso, de la calidad de las pruebas y de otras muchas circunstancias, queda al prudente juicio de los tribunales superiores graduar cuando ha sido precipitada la sentencia.

221. Se ha visto el uniforme encargo de las leyes, dirigido à que esplore la verdad el juez para determinar. Y la Recopilada (a) todavia lo estrecha á que la busque como unico objeto del juicio, sin detenerse en las escrupulosas solemnidades à que el formulario del derecho romano y sutileza de los autores jurisperitos lo habian ligado; pero para hallarla debe ceñirse unicamente al mèrito del proceso, y no á los informes ò noticias extrajudiciales que nunca pueden darle una certidumbre legal, sino una ciencia falible, incapaz de asegurarle en su conciencia ni de ponerle á cubierto para el caso de residencia. Los términos en que la ley se explica son muy espresivos. "Seyendo hallada y probada la verdad del fecho por el proceso, "los jueces que conocieren de los pleitos los determinen "y juzguen." Asi es que hasta el nombre de *juicio discrecional*, debiera proscribirse como aversivo del imperio de la ley, ùnica regla del procedimiento judicial; porque desde el momento en que se admitan tales juicios, queda el ciudadano espuesto al arbitrio y privadas opiniones de sus jueces; y una sentencia nó se pareceria á otra en causas identicas.

222. La sentencia debe ser con arreglo á la demanda, como muy terminantemente lo prèviene la ley de partida; (b) es decir, debe corresponder á la accion que se entabla, à la cosa que se pide, y à las personas que forman el juicio, de suerte que sin esta conformidad es nula

(a) L. 10 Tit. 17 Lib. 4. R. C.
(b) L. 16 Tit. 22 P. 3.

y de ningun efecto. Así, cuando el actor demanda la devolucion de una cosa depositada, y se declara no pertenecerle por la accion *ex empto*, la sentencia no será arreglada á la accion.

223. En cuanto á la cosa demandada, requiere mas exactitud todavia. "Afincadamente (dice la citada ley) debe catar el judgador," "que cosa es aquella sobre que con- "tienden las partes ante él, si sobre un campo, ó sobre una "viña; é el que quisiere dar juicio sobre casas ó bestias "ò sobre otra cosa que non perteneciese á la demanda, non "debe valer tal juicio."

224. Del mismo modo exige la ley la conformidad de la sentencia con la manera en que se hace la demanda; por que si à virtud de la accion noxal pido yo, que se me satisfaga el daño, ò se me entregue la bestia ó siervo que lo hizo, y el juez manda que se me entregue determinadamente la bestia, su sentencia, es nula porque no es conforme con la demanda alternativa. Es digno de leerse en esta materia el Conde de la Cañada, y tambien D. Antonio de Elisondo. (a)

225. El que no tuvo justa causa de litigar, sea actor ó reo, ha de de ser condenado en costas; (b) mas el que hubiese tenido razon probable de litigar, aunque sea condenado en lo principal no debe serlo en las costas. Y cuando el litigante es temerario, debe ser condenado irremisiblemente en todas las costas causadas al vencedor, con los daños y perjuicios que se le hubieren seguido, segun lo dispone el artìculo 8 título 1.° de nuestro reglamento de administracion de justicia, dado por la Asamblea General en el año de 1813.

(a) Cañada juico ordinario P. 1. C. 12 número 17 y sig. Elisondo práctica Universal Tom 1. Pág. 143 Nos. 1, 2, y 3.

(b) L. 8 Tit. 22. P. 3. LL. 1. Tit. 22 y 7. Tit. 17 Lib. 4. R. C.

227. La sentencia debe ser concebida en términos claros é inteligibles, de modo que no contenga anfibologias, ni deje lugar á diversos sentidos é interpretaciones; porque siendo obscura, perpleja y ambigua es nula. (a) Debe ser pronunciada conforme las leyes, porque la que se diere contra espresa disposicion de nuestro derecho es nula. (*) A este objeto conviene tener presente el órden de las leyes y derechos que el juez debe observar en la determinacion de las causas. (b)

228. Despues de conquistada nuestra independencia del Gobierno español, han sancionado nuestros cuerpos legislativos diversos reglamentos para el régimen de la administracion de justicia: han derogado varios de los còdigos españoles; y han publicado otras nuevas sobre diversas materias. Estas leyes patrias tienen el primer lugar tanto en el òrden como en la decision de las causas. Despues de las leyes patrias debe observarse lo dispuesto en las leyes de la Recopilacion de Indias, y en las materias de comercio, especialmente la cédula de ereccion del Consulado de Buenos Aires, dada el 30 de Enero de 1794, y las ordenanzas de Bilbao. En lo que no estuviere prescripto por las leyes patrias, por las cédulas sueltas, ó por las leyes de Indias, debe observarse el òrden prefinido por la L. 3. Tit. 1. Lib. 2. de la Recopilacion Castellana.

229. Cuando el juez, al aplicar la ley al caso del pleito ó cuestion entre partes, hallare que es obscura, dudosa ó contradictoria, debe consultarla al Poder Legislativo á quien ùnicamente corresponde interpretarla, (†) declararla ó enmen-

(a) Cierto é derechurero . . . . . é cãtada é escodriñada la verdad del fecho, debe ser dado todo juicio, mayormente aquel que dicen sentencia definitiva. L. 3. Tit. 22. P. 3.
(*) L. 12 Tit. 22 P. 3.
(b) L. 3. Tit. 1°. Lib. 2. R. C.
(†) L. 14 Tit. 1. P. 1. y L. 11 Tit. 22 P. 3.

darla, y esta interpretacion que hace el legislador se llama autèntica. Mas debe observar la inteligencia que constante y uniformemente dan los tribunales superiores à la ley: la cual se llama interpretacion judicial. Finalmente debe respetar la interpretacion doctrinal, que es la que los autores juristas mas clàsicos hacen de la ley, esplanándola y deduciendo de ella consecuencias conformes à su letra y espìritu. (*)

230. No es necesario, ni conviene que el juez funde su sentencia redundando en palabras cuando debe ser concebida en términos precisos, sinò es en los casos prevenidos por derecho. (a)

231. Luego que el juez sentencia definitivamente el pleito, espira su oficio y no puede revocar su determinacion, corregirla ni enmendarla, haya juzgado bien ó mal, à no ser que haya sido dada por falsas pruebas, ó por cohecho del juez, en cuyo caso, aunque no se haya apelado de ella, puede revocarse dentro de veinte años, probando que fué fundada sobre tales pruebas, segun así lo dispone la ley de de Partida. (b) Puede sin embargo el juez añadir ò reformar su sentencia en razon de frutos ó costas, si sobre ello no hubiese decidido mas ô menos. (†) Puede tambien declararla siendo dudosa, con tal que todo esto lo haga dentro del dia que la pronució, segun la ley. (c) Pero puede revocar por contrario imperio la sentencia interlocutoria á solicitud de parte, toda vez que hubiere mérito para hacerlo.

232. Publicada la sentencia definitiva, y notificada á

(*) Vease el Art. 1. Tit. 1. Lib 2. Arts. acordados.

(a) Elisondo Práctica Universal Forense, Tom. 1. Juic. Ord. Pág. 140 § 3.

(b) L. 13. Tit. 22, P. 3. y L. 19 id.

(†) La L. 106 Tit. 15 Lib. 2 R. de Indias dice, que publicada la sentencia no se pueda variar *cosa alguna.*

(c) L. 3. Tit. 22 P. 3. L. 20 Tit. 9. Lib. 3. y 52 Tit. 5. Lib. 2. R. C.

las partes interesadas, la que se sintiere agraviada puede para reparar el agravio hacer uso de alguno de los tres remedios de que se tratará en el capitulo siguiente.

Capítulo IV.°

DE LOS MEDIOS DE REPARAR LOS AGRAVIOS QUE CAUSASE LA SENTENCIA.

Hemos tratado hasta aquí del modo de introducir y ordenar las partes que litigan sus acciones hasta obtener por medio de la sentencia definitiva la declaracion del derecho que les corresponda; pero como esta declaracion puede agraviar á alguna de las partes, trataremos ahora de los medios que tienen para reparar los agravios que se les hubiere causado, à efecto de que la sentencia gravosa à su derecho no tenga efecto. Tres son los remedios de que á este fin puede valerse: la nulidad, la apelacion y la restitucion *in integrum*. Hablaremos de cada una separadamente.

ARTICULO 1.°

NULIDAD DE LA SENTENCIA.

233. La sentencia definitiva puede ser nula y de ningun valor por muchos capitulos, y principalmente por haberse faltado al órden substancial del juicio, como por defecto de citacion, de publicacion de probanzas &c. La parte que se juzga agraviada por una sentencia nula puede deducir su nulidad como accion, ó como escepcion. Como accion se intenta, cuando sin haber el que la obtuvo favorable pedido su egecucion, solicita el gravado

que se declare insubsistente. Como escepcion se opone, cuando á la solicitud de que se egecute la sentencia, se objeta su nulidad. Nulidad de la sentencia por via de accion ha de intentarse dentro de sesenta dias desde que fué notificada á las partes. (a) Por via de escepcion opinan muchos autores que es perpetua en deducirse por la regla, *temporalia ad agendum sunt perpetuo ad excipiendum:* pero habiendose intentado como accion no puede intentarse despues como escepcion. (*)

234. Puede intentarse la nulidad como accion ante el mismo juez que pronunció la sentencia ô ante el superior, acompañada del recurso de apelacion segun el texto de la ley de Partida. (b) *Aquel mismo judgador que dió su juicio por falsos testigos ó falsas cartas lo puede desfacer èl, ú otro su mayoral si se lo pidiere ó lo provocasen.* En uno y otro caso no puede decirse de nulidad de la sentencia que recayese sobre el articulo de nulidad, (†) porque seria proceder en infinito, y los pleitos deben tener un término: pero sí puede apelarse.

235. Es cuestion cèlebre si cuando se intenta la nulidad de la sentencia ante el mismo juez que la dió, queda suspenso el término de apelar hasta que se haya resuelto el articulo sobre la nulidad. (‡)

236. Muchos y graves autores jurisperitos sostienen que, ya se proponga la nulidad ante el juez que dió la sentencia, ya ante el superior, se suspende el curso de los cinco dias prefijados para apelar concurriendo dos calidades: una es, que la nulidad se intente dentro del término de la apelacion, y otra que haya causa probable para intro-

(a) L. 2. Tit. 17 Lib. 4. R. C.
(*) Vease sobre todo esto á Febrer. Tom. 4. Pag. 233.
(b) L. 2. Tit. 26 P. 3.
(†) L. 2. Tit 17. Lib. 4. R. C.
(‡) Vease el Conde la Cañada part. 2. Cap. 1. No. 51 y siguientes.

ducirla y no se haga con temeridad y malicia. (a) Esta opinion, por comun que sea, no está fundada en ley alguna; antes por el contrario la ley de Castilla dice, que cuando el alcalde ó juez diere sentencia....aquel que se tuviere por agraviado puede apelar hasta cinco dias desde el dia que fué dada la sentencia ò recibiò el agravio y viniere à su noticia. (b) Y respetando el sentir de los sabios que he citado, aconsejaré siempre con el juicioso Conde de la Cañada (c) que se intente el recurso de nulidad juntamente con el de la apelacion; y se lleve uno y otro al superior para tratarse ante él, tanto de la injusticia que contenga la sentencia, como de los vicios que la hacen irrita é insubsistente. De este modo se evitan muchos inconvenientes que naturalmente trae el medio de intentar la nulidad ante el mismo juez que sentenció; y se obtienen efectos y ventajas favorables que el otro no puede proporcionar. Porque propuesta la nulidad de la sentecia ante el juez inferior que la pronunció, se nota desde luego el desabrimiento que causa á todo hombre el ver impugnadas sus determinaciones, especialmente, cuando siempre es indispensable acusar su ignorancia, su culpa ò su malicia al esponer las razones en que se funda la nulidad. Y si esta se deduce por colucion del juez, por coecho, ú otra causa criminal, es tanto mas duro y peligroso, porque se le pone en el conflicto de confesar su anterior iniquidad, declarando nulo el pronunciamiento, ò de cometer otra injusticia desestimando la nulidad propuesta.

237. En el raro caso de declarar el juez inferior nula

(a) Acevedo á la L. 2. Tit. 17 Lib. 4. Núm. 8. Scacia q. 12 de appellat. Núm. 61, Salgado de Reg. P. 4. Cap. 3. Núm 130.

(b) L. 1. Tit. 18 Lib. 4. R. C.

(c) Cañada, apuntamientos prácticos. Juic. Ord. Part. 2. Cap. 1.

su sentencia, puede la parte que la obtuvo apelar para el Superior, y aun suplicar hasta que haya tres determinaciones conformes (*) teniendo despues las partes que volver al recurso de apelacion y á tratar de la injusticia de la sentencia. Está pues demostrado que la nulidad de la sentencia intentada ante el juez inferior, no escusa, antes aumenta las dilaciones y gastos que se han de causar despues, siguiéndose el recurso de apelacion ante el tribunal superior en vista y revista.

238. Al contrario uniendose los dos recursos de nulidad y de apelacion, se conocerà à un tiempo y por los propios trâmites en el mismo tribunal superior; se decidirân en una misma sentencia, y con la de vista y revista quedará acabado el pleito, còn la ventaja de que á virtud de la apelacion se devuelve desde luego toda la causa al superior, y se evita toda innovacion pendiente el recurso. En lugar mas oportuno se tratará de la nulidad como escepcion.

ARTICULO 2.°

DE LA APELACION Y SUS EFECTOS.

239. El medio mas natural y ventajoso de reparar los agravios causados por la sentencia del juez inferior es el de la apelacion al superior à fin de obtener su enmienda y revocacion. La apelacion ó *Alzada*, en concepto de la ley de Partida es, "querella que alguna de las partes face del juicio que fuese dado contra ella, llamando y recorriéndose á enmienda de mayor juez." (a) Se dirige este utilísimo remedio, en primer lugar, á reparar los agravios que el juez inferior haya causado en su sentencia por ignorancia ò por

---

(*) L. 2 Tit. 17. Lib.4. R. C.

(a) L. L. Tit. 23 P. 3.

malicia, como se esplica la ley de Partida. "Tiene pro el "Alzada cuando es fecha derechamente, porque por ella se "desatan los agraviamientos que los jueces facen à las partes "tortizeramente ô por non lo entender." (a) En segundo lugar á suplir las omisiones de las mismas partes que han litigado y que pueden alegar y probar ante el superior los hechos que no alegaron ô no probaron ante el inferior, como lo permite la ley por estas palabras. "E si por aventura alguna de las partes digere que fallò agora de nuevo cartas "ò testigos que le ayuden mucho en su pleito, que non pudo "mostrar ante el otro judgador debe gelo recebir" (b) En tercer lugar se dirige á preservar á los litigantes de las injusticias que cometerian los jueces, si estuviesen seguros que no se habrian de descubrir ni corregir por el superior.

240. La apelacion puede interponerse por todo hombre libre de juicio que fuese dado contra él si se tuviere por agraviado. (c) Pero este juicio debe ser sentencia definitiva, porque los autos interlocutorios no admiten apelacion. La ley de Partida. (d) establece "que de todo juicio afinado se puede alzar cualquiera que se tuviere por agraviado de él. Mas de otro mandamiento ò juicio que "ficiese el judgador andando por el pleito ante que diese "sentencia definitiva sobre el principal, non se puede nin "debe ninguno alzar." La ley Recopilada (e) se esplica en los mismos términos. "Establecemos que de las sentencias interlocutorias no haya alzada y que los juzgadores no la otorguen ni la dén." Son sin embargo apelables los autos interlocutorios que tienen fuerza de defi-

(a) L. 1. Tit. 23 P. 3.
(b) L. 27 Tit. 23 P. 3.
(c) L. 2. Tit. 23 P. 3.
(d) L. 13 Tit. 23 P. 3.
(e) L. 3. Tit. 18 Lib. 4. R. C.

nitivos ó traen gravàmen irreparable por la definitiva como se previene en la citada ley de Partida. (a) "Fueras ende "cuando el judgador....mandase facer alguna cosa torti-"zeramente que fuese de tal manera que seyendo acaba-"da non se podria ligeramente enmendar, á menos de gran "daño ó de gran vergüenza de aquel que se tubiere por "agraviado de ella. Cá sobre tal cosa como esta, bien "se podrian alzar maguer el judgador non aviese aun "dado sentencia definitiva sobre la principal demanda." Del mismo modo se declara en la ley de la Recopilacion. (b) Salvo si las sentencias interlocutorias fuesen dadas sobre defension perentoria ò sobre algun artículo que haga perjuicio en el pleito principal, ó si fuere razonado contra él por la parte que no es su juez, y prueba la razon por que no es su juez fasta nueve dias....y el juez se pronunciare por juez ó digere que ha por sospechoso al juez, y en los pleitos civiles no quisiere el juez tomar un hombre por acompañado para librar el pleito, ò si en los pleitos criminales no guardare lo que se contiene la ley 1.ª de las recusaciones en este libro 4, ò si la parte pidiere traslado del proceso publicado y el juez no se lo quisiere dar, en cualquier de estos casos otorgamos á la parte que se sintiere agraviada que se pueda alzar. Los demas casos en que se hallaba la razon comun de gravàmen irreparable para poderse apelar de auto interlocutorio puede verse en Scacia. (c)

242. No puede interponerse por las partes ni debe otorgarse por el juez la apelacion de sentencia que es evidentemente conforme á derecho, porque falta el supuesto que debe motivarla; á saber, el agravio, y una apelacion

---

(a) L 13 Tit. 23. P. 3.

(b) L. 3 Tit. 18 Lib. 4 R. C.

(c) Scacia de Appell. Quest. 17 Lim. 47 Memb. 1 Núm. 90 y Covarrubia recurso de fuerza Tit. 13 per totum

notoriamente frivola y maliciosa se convertiria en daño de la causa pública dilatando los pleitos contra la intencion de la ley; por egemplo: si disponiendo la ley que los hijos ilegitimos no sucedan con los legitimos en la herencia paterna, un hijo ilegitimo, confesando serlo, apelase de la sentencia que lo escluye de la herencia á par de los legitimos, debe despreciarse su apelacion como notoriamente frivola.

242. Toda apelacion debe fundarse en el agravio precedente, y así no puede apelarse de gravàmen futuro, por que no hay términos hàbiles para intentar el remedio de un daño no sucedido. (*) Este es el concepto uniforme en que se espresan las leyes. (a) Por tanto, es detestable el abuso de pedir revocacion de una sentencia ó auto apelando en subsidio; y mucho mas cuando se pide la revocacion por contrario imperio de una sentencia definitiva, amenazando al juez con la apelacion; pues desde que la pronunciò acabó su oficio y no tiene autoridad para revocarla, (b) ni debe conceder la apelacion anterior, porque siendo de ningun efecto cuando se interpuso, no puede estenderse al gravámen posteriormente causado.

243. La apelacion produce dos efectos, uno suspensivo por el cual se suspende la jurisdiccion del juez que ha sentenciado y no puede innovar en la causa sin cometér atentado: (†) otro devolutivo por el cual se devuelve al superior el conocimiento de la causa para la confirmacion ò revocacion de la sentencia apelada. Toda sentencia generalmente hablando es apelable en ambos efectos; pero hay casos en que la apelacion no producè el

(*) Véase al Conde la Cañada Part. 2. Capit. 2 Núm. 6 y siguientes.
(a) Veanse todas las del Tit. 23 P. 3.
(b) Cañada, Juicio Ord. Part. 2. Cap. 2. L. 3 Tit. 22 P. 3.
(†) L. 26 Tit. 23 P. 3.

efecto suspensivo. Sirva de regla para conocerlos, la que dan los autores, y es, que cuando de no suspenderse los efectos de la sentencia se seguiria mas daño al apelante ó á la causa pública que à aquel á cuyo favor se diò, debe concederse en ambos efectos; pero si de la suspension resultare mayor perjuicio á este ò al público que al apelante, no debe tener efecto suspensivo la apelacion, sino devolutivo. (†)

244. Por esta razon en el juicio sumarisimo del interin, no suspende la egecucion del interdicto. (a) El mandato para sepultar un cadáver no admite apelacion suspensiva. La providencia dirigida á la coleccion de frutos, mieses ó de otra cosa espuesta á perecer ó à deteriorarse, y la que provee de gobierno à un niño pequeño, no es apelable en el efecto suspensivo (b); porque en tales casos como estos (dice la ley) si se alongasen los pleitos para Alzada, las cosas se perderian y nacerian de ello muchos daños. Las sentencias que mandan dar alimentos, sean definitivas ó interlocutorias, no admiten apelacion suspensiva cuando el alimentario es pobre y no tiene otros medios de mantenerse. (c) Tampoco admiten apelacion en el efecto suspensivo en el fuero eclesiastico las provisiones y colacion de beneficios curados, por el grave perjuicio que se sigue à los fieles de carecer de pastores que les administren los socorros espirituales. (*)

245. La apelacion ha de interponerse ante el juez *á quo* dentro de cinco dias contados desde el en que fué noti-

(†) Febrer. Tom. 4. Pág. 254 Núm. 21 y siguientes.

(a) Posthio de Manutent. observ. 106.

(b) L. 6. Tit. 18. Lib. 4. R. C.

(c) Vease sobre la materia á Salgado *de Regia Protect.* Part. 2 Cap. 1 Scacia de *Appellation*. Q. 17 Lim. 7 Núm. 17. Covarrubias Pract. Cap. 6.

(*) Decret. Lib. 2 Tit. 28 Cap. 46.

ficada la sentencia. "Mandamos (dice la la ley) que cuando "el alcalde ò juez diese sentencia, siquier sea juicio acabado, siquier otro sobre cosa que acaezca en pleito aquel "que se tuviese por agraviado, puede apelar hasta cinco "dias desde el dia en que fuè dada la sentencia ò recibió "el agravio y viniese á su noticia; y asì no lo ficiere, que "dende en adelante la sentencia ò mandamiento quede firme." (a) Pero de la sentencia pronunciada por jueces árbitros se puede apelar dentro de diez dias en los tèrminos prevenidos por las leyes. (b)

246. Se interpone la apelacion por escrito y puede tambien interponerse *viva voce* (*) en los juicios verbales en cantidad de 300 pesos abajo. No hay necesidad de espresar la causa de los agravios en el escrito de apelacion, â no ser cuando se apela del mero egecutor que se excede en la egecucion, en cuyo caso debe espresarse la causa del gravámen, y entonces, si bien se suspende la egecucion en la parte del exceso, puede continuar en lo demas que abrace su comision. (c)

247. Conviene siempre exigir que el escribano ponga cargo al escrito de apelacion; esto es, certificado del dia en que se presentò para que conste haber sido dentro del término.

248. Del pedimento de apelacion se dà traslado á la parte contraria y con su respuesta otorga el juez su apelacion en uno ò en ambos efectos, segun corresponda por derecho, y mandando que se le dé testimonio de los autos si la otorga en solo el efecto devolutivo, ó que se le entreguen los originales, quedando testimonio, si la otorga

(a) L. 1. Tit 18 Lib. 4. R. C.
(b) LL. 23 y 35. Tit. 4. P. 3.
(*) L. 22 Tit. 23 P. 3.
(c) Salgado *de Regie protect.* P. 1 Cap. 3. N. 144 y 154.

en ambos efectos, con término para mejorarla, sino estuviese señalado por la ordenanza del distrito.

249. Si no se hubiere apelado dentro de los cinco dias, la apelacion queda desierta. En este caso la parte á quien favorece la sentencia presenta pedimento solicitando se declare así y la sentencia por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, y se mande egecutar substanciado el articulo con un traslado à la parte contraria; ò en su rebeldia se declara la desercion; y se manda egecutar.

250. Por tres defectos se induce la desercion de la apelacion. Primero por no haberse introducido en tiempo. Segundo por no haberse presentado el apelante, mejorándola ante el superior, dentro del término que el inferior le asignó. Tercero por no haber seguido ni acabado la causa de apelacion en el tiempo que le es asignado por la ley (a).

251. En el caso de haberse vencido el término sin haberse mejorado la apelacion, constando asì de la nota que debe quedar en el proseso del dia en que se entregaron al apelante los autos orignales ó en testimnio, segun se hubiese concedido la apelacion, se presenta la otra parte pidiendo por primera vez que el apelante manifieste ó acrédite la mejora dentro de tercero dia: por segunda vez pide, que la acredite dentro de segundo dia, y por tercera que en el dia, y no cumpliendo se pide la desercion de la apelacion. De esta solicitud se comunica traslado al apelante, y con su respuesta, ó en su rebeldia se declara en su caso la apelacion por desierta y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada. (b)

(a) LL. 1. y 11 Tit. 18. Lib. 4. R. C. L. 2. Tit. 18 Lib. 4. R. C. Scacia de *Appelationb.* quest. 11. artic 5.

(b) LL. 2 y 11. Tit. 18 Lib. 4 R. C.

252. En el tercer caso de no haberse seguido y fenecido la instancia de apelacion dentro de un año, que es el término señalado por la ley, queda la *sentencia firme y valedera*; y pidièndose por la parte â cuyo favor se dió se declara con audiencia sumaria del apelante la apelacion por desierta, à no ser que este pruebe legítimo embarazo ó que no estuvo de su parte el cumplimiento (a)

ARTICULO 3.°

DE LA RESTITUCION IN INTEGRUM.

253. El tercer modo con que puede remediarse la sentencia gravosa cuando no se ha interpuesto de ella apelacion, ni se habla de nulidad, es el de la *restitucion in integrum*, concedida al menor de edad, al Fisco, à las Iglesias, con tal que prueben haber recibido lesion en sus derechos por la sentencia. "*Restitucion* dice la ley (b) quiere decir como tornar las cosas en aquel estado en que eran antes que fuese dado el juicio sobre ellas." Así es que por ella se desata la sentencia dada, y puede el que la goza alegar y probar de nuevo sus derechos. Este privilegio que impropiamente se llama tal, està fundado en la razon de utilidad pública, que debe siempre concurrir para derogar ó hacer cesar el efecto de la ley comun; à saber, la falta de propio consejo en los menores sugetos al de sus tutores ó curadores, y lo mismo en el Fisco, en las Iglesias y demas privilegiados cuyos bienes son gobernados por ageno arbitrio. De suerte que el privilegio no es un favor odioso, sino propiamente un medio de equidad para ponerlos en igualdad con los demás. El medio de la restitucion es distinto del de la apelacion, y del de la nulidad, porque supone sentencia válida, y puede interponerse de una sentencia inapelable. Pero bien

(a) L. 11. Tit. 18 Lib 4 R.C.
(b) L. 1. Tit. 25. P. 3.

puede acumularse con la apelacion, ó con la nulidad alternativamente.

254. Las leyes capitales que conceden y reglan el beneficio de la restitucion á los menores, al Fisco, á las Iglesias y Concejos son la 8 y la 10 Tit. 19 P. 6. (*) "Delante del judgador ordinario (dice la ley 8) debe demandar el menor restitucion ó entrega de los daños ó de los menoscabos que oviese recibido en sus cosas. E el juez debe llamar ante si la otra parte á quien facen la demanda, é si fallare que el pleito, ò la conocencia ó el juicio sobre que demanda la entrega que fué fecha á daño del menor, debele tornar en aquel estado en que era antes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, asi como lo habia primeramente. E esta restitucion puede demandarse en todo pleito ó conocencia que él oviesse fecho á daño de si ó su guardador ó su abogado. E tal demanda como esta puede facer el menor en todo el tiempo fasta que sea de edad cumplida de veinte é cinco años: è aun en cuatro años despues desso: è non solamente puede el menor facer demanda fasta este tiempo, mas aun sus herederos." La ley 10, hablando de los bienes de las Iglesias, del Fisco y de los Concejos dispone, "que hayan aquel previllejo é aquella mejoria que han las cosas de los de veinte y cinco años. Onde los que han en poder ò en guarda las cosas sobredichas pueden demandar restitucion sobre cada una de ellas cuando se menoscabasen por tiempo ó por engaño ó por negligencia de otro. E esto pueden demandar desde el dia que recibieron el engaño ò el menoscabo fasta cuatro años. Pero si el menoscabo fuese tan grande que montase

(*) Y muy principalmente las tres LL. del Tit. 25. P. 3.

" demas de la meytad del precio que valia alguna de las " cosas sobre dichas que fuese enagenada, entonces bien " puede demandar emienda é restitucion fasta treinta años " desde el dia en que fué fecho el enagenamiento de " la cosa."

255. Por virtud de estas disposiciones legales se ha de pedir la restitucion *in integrum* por los que la gozan ante el mismo juez ordinario que pronunció la sentencia, (*) si no se hubiese apelado de ella; pero si se hubiese apelado debe pedirse ante el superior. Ha de pedirse con citacion y audiencia de la parte contraria. Ha de probarse la calidad de la menor edad y la lesion padecida, porque cuando por ella no hubiese recibido daño el privilegiado, no ha lugar la restitucion. (†) Declarada la restitucion, favorece ambas partes pudiendo una y otra alegar y probar nuevamente su derecho. (‡) Pueden los privilegiados pedir restitucion contra la sentencia por negligencia ó prevaricato de los curadores ó procuradores ó abogados. (‡‡) Pueden los menores pedirla hasta los cuatro años despues de cumplida la mayor edad, y los demas hasta cuatro años desde el dia en que recibieron el perjuicio. Pueden intentar la restitucion dentro del referido tiempo aun los herederos del menor. Pero hay esta diferencia entre los menores y el Fisco, que este cuando la lesion es enorme en mas de la mitad del justo valor, puede intentar la restitucion hasta los treinta años; y aunque Gregorio Lopez en la glosa á la ley citada hace este privilegio comun al Fisco, Iglesias, Concejos, y al menor; la ley no lo concede á este último.

(*) L. 3 Tit. 25 P. 3.
(†) L. 3 Idem.
(‡) L. 2. Tit. 25 P. 3.
(‡‡) L. 3 idem.

256. Es de notar que para obtener el beneficio de la restitucion es necesario probar lesion que á juicio prudente del juez sea estimable por bastante para desatar ó rescindir la sentencia, porque siendo el daño mínimo debe despreciarse como insuficiente para dispensar un remedio fundado en la equidad, y violar la respetabilidad de la cosa juzgada. (a)

257. Tambien puede intentarse por parte del Fisco la restitucion contra la sentencia dentro de tres años por nuevos instrumentos que recien se hubiesen hallado, y puede intentarse en todo tiempo por prevaricato del personero ó del abogado del Fisco, ó por otro engaño manifiesto que hubiese motivado la sentencia. (b) Pero cuando el dolo ó falsedad en que se funda la sentencia hubiere sido cometido por la parte contraria, no solamente los privilegiados sino cualquier particular puede pedir la restitucion en todo tiempo. (c)

Capítulo V.

ÓRDEN Y FORMA DEL JUICIO CIVÍL EN SEGUNDA INSTANCIA Ó EN GRADO DE APELACION.

258. Se ha dicho ya en el capítulo antecedente que el remedio mas natural para desvirtuar los efectos de la sentencia y conseguir la enmienda del agravio que hubiese causado, es el de la apelacion. Se ha tratado igualmente de los modos de interponerla las partes y de otorgarla el juez. Resta tratar de su mejora y prosecu-

---

(a) Cañada juicio ordinario p. 1. cap. 9. desde el N. 20 hasta el 30.

(b) L. 19. Tit. 22 P. 3.

(c) Gregorio Lopez, glosa 12 á la citada ley 19. Villadiego, instruccion politica cap. I. y veanse las LL. del Tit. 16 P. 7.

cion ante el superior, que es la segunda instancia del juicio civíl, porque aunque el recurso de sùplica suele ser segunda instancia cuando el pleito ha empezado por caso de corte en el tribunal superior, esto es raro y probablemente en el arreglo del òrden judicial seràn abolidos los casos de corte.

259. De cuatro modos puede introducirse este recurso en los juzgados ó tribunales superiores segun la práctica en ellos observada. El primero es, presentandòse con el testimonio de la apelacion, como parece insinuarlo una de las leyes de Recopilacion, (a) pidiendo se libre la provision ó despacho ordinario de compulsa de los autos y de citacion y emplazamiento à la parte contraria, segun se practicaba en las chancillerias de España y en muchas de América; pero en nuestra Càmara de Justicia es desusado, no solo por disconforme con las leyes que espresamente y repetidas veces ordenan que el apelante ha de presentarse al superior con todo el proceso, (*) sino tambien por opuesta al gran objeto de la sensillez y brevedad de los juicios, pues con el despacho de compulsa y emplazamiento que debe librarse á consecuencia de la presentacion del testimonio de la apelacion, se aumenta una diligencia y se causa nueva dilacion. Este modo de introducir el recurso presentàndose con solo testimonio de la apelacion, ó con los apòstolos, es usado en el fuero eclesiastico.

260. El segundo modo de introducirse la apelacion ante el superior, es con los autos originales habiendo quedado testimonio íntegro de ellos, quedando los originales si fué concedida solamente en el efecto devolutivo. Esto es lo

(a) L. 10 Tit. 18 Lib. 4. R. C.
(*) L. 2 Tit. 18 Lib. 4 R. C.

que comunmente se practica en nuestros tribunales del distrito de Buenos Aires cuando la apelacion viene de los juzgados fuera de la capital. Entonces el apelante se presenta con los autos ante el superior, mejorando la apelacion, y pide que puestos en la oficina respectiva se le manden entregar para espresar agravios. Si la parte apelada hubiere comparecido por sí ò por apoderado ante el superior, en virtud de la citacion que se le hizo por el juez inferior cuando se otorgó la apelacion, no tiene el apelante necesidad de pedir se libre despacho de emplazamiento; pero si no hubiese comparecido, pide en el mismo escrito de mejora, se libre à efecto de que comparezca dentro del término de la ordenanza, con pena y señalamiento de estrados en forma; y asi se manda.

261. El tercer modo de introducirse el recurso de apelacion ante el superior es, presentàndose de hecho y directamente en grado de apelacion, nulidad ó en el que mas hubiere lugar en derecho, y pidiendo despacho compulsorio de los autos y de emplazamiento á la parte contraria con protesta de espresar en su vista los agravios inferidos por la sentencia del inferior. Aunque en la audiencia de Charcas he visto introducirse la apelacion directa sin haberla interpuesto ante el juez de la causa y librarse la provision ordinaria de compulsa y emplazamiento, no me parece conforme esta práctica á las leyes que uniformemente ordenan se interponga este remedio, ante el juez que diò la sentencia, y así solo tendrá lugar la apelacion directa al superior, cuando el inferior hubiese negado el recurso, segun se estila en la Càmara de esta Capital.

262. En el caso dicho de haberse negado la apelacion por el juez inferior y venir el agraviado derechamente al tribunal superior en solicitud de que se le admita y se libre

el despacho de compulsa y y emplazamiento, suele tambien solicitarse la inhibicion del inferior, y que se le mande suspender todo procedimiento *ad ulteriora*. Pero esta es una pretension á que no difiere ni debe diferir fàcilmente el tribunal superior, porque los jueces ordinarios tienen dada por derecho su jurisdiccion para conocer en primera instancia y de las causas que les pertenecen; y tienen la presuncion legal en favor de sus procedimientos, mientras no conste al tribunal superior por la vista de los autos, que han atentado, que deben ser inhibidos, ô que debe resistirse la causa. Es muy digna de notarse la ley de Indias que dispone que las audiencias no retengan los pleitos pendientes ante las justicias inferiores, cuando se llevasen en grado de apelacion sobre artículos dependientes de la causa principal, escepto á pedimento de parte y habiendo auto de retencion con conocimiento de causa, pues sin estas calidades deben devolverlos á los jueces de donde dimanaren. (a) A este mismo propôsito prohibiô la ley de Castilla que las audiencias diesen inhibicion alguna, aunque fuese temporal, hasta que el proceso se trajese y fuese visto en ellas: añadiendo que ningun Oidor semanero pueda despachar inhibitorias, sino la Sala compuesta de tres Oidores, ò de dos, siendo de menor cuantia. (b) Véase sobre esta materia á D. Antonio de Elisondo, en su práctica Universal Forense Tom. 6. Part. 1. Cap 6.

263. Así, cuando ante la Cámara de Justicia se introduce el recurso de apelacion directa por haberla negado el juez de la causa, y se pide el despacho compulsorio y de emplazamiento con la calidad de que se mande suspender y no innovar, segun estilo constante del Tribunal, se manda librar el despacho ordinario, que es para que el juez remita los autos originales, quedando testimonio, si la causa es or-

(a) L.. 70 71 y 74 Tit. 15 Lib. 2 R.I.
(b) L. 56 Tit. 5. Lib. 2 R. C.

dinaria, ô en testimònio, quedando los originales si es egecutiva, reservando el tribunal proveer sobre la inhibicion; en vista y con conocimiento del proceso, á no ser algun caso de gran gravedad en que de continuar el inferior sus procedimientos se recelan graves é irreparables daños, pues entonces manda no innovar entretanto se ven los autos y califica su naturaleza. Cuando el recurso es de sentencia de alguno de los jueces de la capital se manda que informen con autos por la inmediacion que evita todo perjuicio, y visto en relacion, ò se admite la apelacion, mandando que el apelante esprese agravios: ó se resuelve sin otra substanciacion, confirmando ó revocando si es auto interlocutorio: ò se devuelven al juez inferior para que lleve á ejecucion sus providencias.

264. El cuarto modo de traerse el recurso de apelacion al juez ò tribunal superior es cuandò la sentencia ha sido pronunciada por alguno de los jueces de esta capital, y ha sido otorgada la apelacion. En este casó si es de sentencia definitiva y se ha concedido libremente, y en ambos efectos se manda entregar los autos al apelante para que mejore la apelacion dentro de tercero dia, y este los presenta en audiencia pública mejorándola ante el superior y pidiendo que puestos en la oficina se le entreguen para espresar agravios. Si la apelacion admite solamente el efecto devolutivo, se concede en relacion por la inmediacion del superior y corto perjuicio que puede causar la dilacion, menor sin duda que el de costear el testimonio de los autos, (*) y entonces el juez *á quo* manda se pasen estos con noticia de las partes â la oficina de Càmara á donde correspondan, debiendo pasarse derechamente dentro de tercero dia con arreglo á la ley. (a) El

(a) L. 2 Tit. 18 Lib. 4. R. C. Paz. Tom. 1 P. 6 Cap. 1 No. 4.
(*) En las apelaciones en asuntos mercantiles, véase el decreto de 24 de Octubre de 1821, Tom. 1. Regist. Ofic. Núm. 10.

escribano dá cuenta al tribunal en primera hora y este manda pasen al relator.

265. La pràctica antigua cuando se apelaba de auto egecutivo de los juzgados de esta ciudad era pedir que el escribano de la causa llevase los autos al superior en relacion para el primer dia que le señalaba el regente ó presidente de la Sala. (a) Pero habiendo advertido la esperiencia de la inecsactitud de las relaciones que hacian los escribanos, quienes tal vez llegaron á valerse del abogado de la causa para que las formase, y habiéndose dotado regularmente las plazas de dos relatores para la Càmara de Justicia, resolviò esta que los escribanos no hiciesen las relaciones sino que se pasasen los autos á los relatores del tribunal. Asi vistos los autos en relacion ó se mandan entregar á la parte para que esprese agravios cuando se considera legal la apelacion: ò se resuelve el recurso confirmando ó revocando si la apelacion no tiene el efecto suspensivo ó se devuelven al juez *á quo* para que se cumpla lo resuelto sino ha lugar á la apelacion. Lo dicho se observa igualmente para el juzgado de Alzada de provincia sin mas diferencia, qué la de llevar los autos el mismo escribano de la causa en relacion porque no tiene relatores.

266. Es necesario tener siempre en consideracion el cuidado con que las leyes procuran el término de los pleitos precaviendo con toda diligencia las dilaciones con que los litigantes pueden alegarlos en perjuicio de la justicia y de la causa pública. Por esto es que á efecto de que no se frustren los efectos de la sentencia con el pretesto de la apelacion, han señalado término para interponerla, término para mejorarla y término para seguirla y acabarla

---

(a) L. 10 Tit. 12 Lib. 5 R. I. Curia Filipica P. 5 § 2. No. 1. *in fine.*

ante el superior, y han dejado ademas al cuidado de las partes el interpelar ó instar por la brevedad cuando alguna se constituye en rebeldia. Puede muy bien suceder que interpuesta la apelacion y mejorada en tiempo, venidos los autos al superior, y hecho el emplazamiento á la parte apelada, esta no comparezca ó por procurador dentro del término de la ordenanza, ó del que le fué señalado en la citacion. Entonces el apelante debe presentarse dentro de tercero dia despues de vencido el término con el despacho de emplazamiento diligenciado, acusandole una sola rebeldia y pidiendo se le señalen los estrados del juez tribunal superior. Asi se provee con vista de autos y se substancia con dichos estrados el recurso. (a)

267. Compareciendo el apelado dentro del término de la citacion por si ò por procurador, se presenta pidiendo se mande que el apelante esprese agravios dentro de tercero dia sopena de desercion. Si no lo verifica le acusa dos rebeldias pidiendo en la primera que los esprese dentro de segundo dia y en la última que los esprese en el dia. Si no los espresa pide el apelado se declare la apelacion por desierta, y comunicandole traslado al apelante, con lo que este responda ó en su rebeldia llamados autos, se declara la desercion conforme á la ley de Partida que ordena "que si la parte que se alzó, non pareciese ante el juez de la Alzada, al plazo que le fué puesto, ni siguiese el Alzada por si ni por su personero, el juicio de que se alzó *vala è peche* las costas â la otra parte que pareciô ante el judgador." (b) El Dr. Gutierrez en su prontuario de pràctica que escribió en Charcas, enseña (c) que en este caso se examine juntamente con el vencimiento de los términos

(a) L. 1. Tit. 11. Lib. 4. R. C. L. 23 Tit. 23 P. 3.
(b) L. 23 Tit. 23 P. 3.
(c) Gutierrez, Juicio Ordinario § 3.

el mérito de la causa, y si la sentencia es justa se declara la desercion, que equivale á confirmacion; pero si parece digna de revocarse ó hay prudente duda niega el tribunal superior la desercion y abre el juicio. Mas yo por mi opinion juzgo que debe ser oido el apelante cuando antes de resolverse el articulo por el tribunal superior, purga la rebeldía compareciendo à seguir su recurso, ò al menos alega justo impedimento para hacerlo, pero si ni compareció á seguir la apelacion, ni dejó procurador, ni ha representado impedimento que le embarace, se presume que abandonò el recurso, que renunció el remedio de la apelacion, y que ha consentido en la sentencia; y debe estarse al testo de la ley citada, *que vala el juicio de que se alzó ê peche las costas á la otra parte*, porque de lo contrario quedaria la instancia de apelacion abierta indefinidamente en perjuicio irreparable de la parte que obtuvo sentencia á su favor.

268. Puesta la causa ante el superior y presentes las partes ò sus procuradores, el apelante espresa los agravios que le ha inferido la sentencia ò auto apelado. De este escrito, se manda dar traslado al apelado quien contesta satisfaciendo al anterior, y con otro escrito mas de cada parte queda concluido y substanciado el recurso ó para prueba, ó para resolucion definitiva; en inteligencia que en la Càmara de Justicia se presentan estos escritos en audiencia pùblica Martes y Viernes de cada semana, ò el siguiente, siendo festivos.

269. Dije que con dos escritos de parte á parte, queda substanciada la instancia de apelacion ô para recibirse á prueba, ó para resolverse definitivamente; porque es cierto que en grado de apelacion puede alegarse y probarse lo que no se alegó ò no se probó en la primera instancia; (a) pero como regularmente los abogados princi-

(a) L. 6. § 1. Cod. de *Appellat.* Curia Filip. P. 5. § 3. núm. 3.

piantes yerran en el modo de entablar la solicitud de prueba en segunda instancia, he creido conveniente tratar de ella con alguna detencion. Es sentado en nuestro derecho que en segunda instancia se puede producir la prueba de escrituras presentándolas el apelante ò suplicante en el mismo escrito de espresion de agravios, y el apelado en la contestacion y no despues, salvo si jurasen haber recien llegado á su noticia, como está dispuesto para la primera instancia. (a) Es igualmente cierto que se puede probar por confesion de parte, y asi se debe admitir la prueba de posiciones en cualquier estado de la causa. (b) Es tambien constante que puede recibirse á prueba las nuevas escepciones perentorias que se dedujeren en segunda instancia, porque no fueron deducidas ó fueron repulsadas en la primera por haberse puesto fuera del término ó sin la debida solemnidad, y que contra el lapso del término probatorio tienen lugar los privilegiados, pidiendose dentro de los quince dias despues de la publicacion de probanzas por una sola vez como en la primera instancia. (c) Es por fin de derecho que en cualquiera tiempo, aun despues de publicadas las probanzas en segunda instancia, si la parte alega nueva escepcion jurando que recien vino á su noticia y que no la dejó de poner por malicia, debe ser recibida á prueba con la mitad del término asignado en la causa, y con pena si no probare, con tal que no se admita otra vez á prueba sobre aquella ni sobre otra alguna escepcion ni por via de restitucion. (d) Pero no puede admitirse prueba sobre nueva accion que no se habia intentado en la primera instancia ó sobre artículos enteramente diversos

(a) LL. 1 2 y 3 Tit. 9 Lib. 4. R. C.
(b) Curia Philip. P. 5. § agravios.
(c) L 5. Tit. 9 Lib. 4. R. C.
(d) Dicha L. 5. Tit. 9 Lib. 4. R. C.

é independientes de la accion intentada en ella, que muden la figura del juicio; y de esta manera se entiende la ley 39 Tit. 10 Partida 3, como lo enseñan Paz. Villadiego, Farinacio, la Curia Filipica, y es uniforme doctrina. (a)

270. Tampoco puede ofrecerse, ni admitirse prueba sobre los mismos artículos que se dedujeron, y sobre los que se recibió prueba de testigos en la primera instancia ni sobre los artículos directamente contrarios, con pena al abogado que asi articulare de seis pesos segun la ley. (b) Siendo la razon de esta prohibicion el precaver que sean sobornados testigos á perjurar, atestiguando lo que antes no pudo probarse. Tambien puede recibirse prueba de testigos en la segunda instancia sobre los mismos artículos ó derechamente contrarios, cuando en la primera instancia no fueron examinados sobre ellos los testigos, aunque hubiesen sido presentados: cuando entre ambas partes se ofrecen á probar: cuando se pide por via de restitucion por los privilegiados: en causa criminal de oficio del juez, ó tribunal superior, ya en contra, ya en defensa del reo.(*)

271. Esto supuesto, cuando alguna de las partes pide se reciba á prueba la causa en la instancia de apelacion, y se han llamado ya los autos, el relator debe hacer exacta relacion de todas estas circunstancias para que el tribunal superior venga en pleno conocimiento de si se ha de recibir á prueba, ó resolverse definitivamente el recurso; y si se recibiese á prueba, que siempre debe ser con la escepcion prevenida por la ley, (c) presentan las partes

(a) Paz in Pract. Tom. 1 Cap. 1 No. 16 Farinacio Lib. 2 P. 2. C. 1 No. 16. Curia Filipica 5 Parte segunda instancia § 3. Villadiego instruc. Politic. Cap. 4

(b) L. 4 Tit. 9 Lib. 4 R. C. L. 21 Tit. 24 Lib. 2. R. I.

(c) L. 4 Tit. 9 Lib. 4. R. C.

(*) Paz tomo 1. part 6. cap 1 No. 16 Villadiego cap. 4. No. 54 y 55, y veanse las LL. 35 37 y 39 Tit. 16 p. 3.

sus interrogatorios, se pide, y se hace publicacion de probanzas; se alega de bien probado; y se procede en todo como en primera instancia, hasta definitiva.

272. Es de advertir que en la instancia de apelacion para concluir la substanciacion, ya sea para sentencia definitiva, ya para auto interlocutorio, basta una sola rebeldia cómo en la primera instancia, conforme á la Ley Recopilada. (a)

273. Se dijo antes en el número 262 de este capítulo que elsu perior no debe deferir á la solicitud de inhibicion del inferior, sin la vista y conocimiento del proceso; pero como puede suceder que el juez de primera instancia siga procediendo *ad ulteriora*, sin embargo de la apelacion, urge en este caso pedir su inhibicion ante el superior, luego de venidos los autos. Entonces, ó bien sea por artículo separado de prévio pronunciamiento, ó bien por un *otro si* en el mismo pedimento de espresion de agravios, solicita el apelante se le inhiba y mande suspender todo procedimiento, substanciando este articulo con un trasládo á la otra parte, se resuelve sumariamente y si ha lugar se libra despacho inhibitorio; (b) aunque siendo el juez del lugar donde reside el tribunal superior, ó estando inmediato se manda librar carta acordada solamente para evitar costas.

274. Tambien se suele pedir por via de atentado la revocacion de todo hecho, ó innovacion despues de interpuesta la apelacion con condenacion de costas al juez atentador. Esta solicitud se hace mas oportunamente formando artículo antes de la espresion de agravios, aunque tambien se hace por *otro si* en el escrito de agravios. De

(a) L. 51 Tit. 4 Lib. 2. R. C.
(b) LL. 54 y 55 Tit. 5. Lib. 2. LL. 9, 10 y 11 Tit. 7. Lib. 2. R.C.

uno ù otro modo, su conocimiento es sumario, ó bien por el resultado de los mismos autos, ó probàndose por la parte brevemente sus estremos, quando no constasen del proceso; y resultando líquido y claro se manda restituir *ante omnia*, con condenacion de costas al juez inferior, y restitucion de frutos siendo doloso. (a) La resolucion que recae sobre el atentado siempre es interlocutoria, no admite apelacion ni suplicacion en los tribunales superiores, y se afianza en dos señaladas leyes de Partida, (b) una de las cuales dice: "Otro "si tenemos por bien é mandamos que mientra que el pleito "anduviere ante el judgador del alzada, que el otro juez de "quien se alzaron, non faga ninguna cosa de nuevo en el "pleito ni en aquello en que fuê dado el juicio;" y la otra se esplica asì: "Otro si decimos que si el juez del alzada "fallare que alguna de las cosas del pleito es transpuesta por "fuerza, ó por engaño, ó por mandamiento del primero judga- "dor, ó mudada del estado en que solia ser à la sazon que "tomaron el alzada que la debe facer tornar à su lugar."

275. Substanciado como queda dicho el recurso de apelacion, se resuelva por el juez ó tribunal superior. Si la apelacion fuè de acto interlocutorio, y esta se confirma, debe devolverse la causa al juez *à quo* para que conozca y determine en lo principal, y ha de ser condenado en las costas el apelante; y si se revocare, (c) aunque por derecho comun de España se debia retener en lo principal, ya se ha dicho en el nùmero 262 de este capìtulo que por la ley especial de la Recopilacion de Indias (d) no debe retenerse

(a) LL. 26 y 27 Tit. 23 P. 3.

(b) Lancelot en toda su obra, Luca *de Judiciis* discurso 18 *Per totum*, Salgado *de Regia protect*. P. 2. Cap. 12. Elisondo en su Pràctica Universal Forense, Tom. 1. Juic. Ord. Pâg. 199 Nûm. 3. y en el Tom. 6. P. I Cap. 8. Pág. 132.

(c) Véase el Reglamento de 11 de Setiembre de 1813.

(d) L. 74 Tit. 15 Lib. 2. R. I.

sino á pedimento de parte, con conocimiento de causa y por auto espreso de retencion, sin condenacion de costas, porque se presume que una y otra parte tuvieron razon de sostener el recurso. Si la apelacion fué de sentencia definitiva se confirma ó revoca segun fuere de justicia; y en cuanto á la condenacion de costas se observa la misma distincion, à no ser que la confirmacion de la sentencia contenga adelantamiento ò modificacion, en cuyo caso escusa de la condenacion de costas. (a)

276. El pedimento de agravios que llaman los pràcticos medio, se hace cuando por ser la sentencia en parte favorable, y en parte perjudicial se conformó el litigante con la primera, y apeló de la segunda cuya revocacion solicita. (b)

277. Tambien hay caso en que la parte apelada hace espresion de agravios media, en cuanto la sentencia no le fué en todo favorable, y es cuando se ha adherido à la apelacion contraria. El derecho romano antiguo desconociò este remedio. El Emperador Justiniano fué el primero que lo introdujo en la ley 39 Cod. *de appellat.* en donde permite que el que consintió en la sentencia pueda sin embargo, á consecuencia de la apelacion de su contrario y adhiriendo á ella, pedir ante el superior la enmienda y revocacion en la parte que le fuere desfavorable. En las leyes que nos rigen no se encuentra alguna que la ratifique ni que autorize este remedio. Sin embargo el está introducido por la opinion de juristas muy sábios, (c)

(a) Curia Philip. 5. P. Seg. Inst. §. 3. Número 11 * L. 7 Tit. 17 Lib. 4 R. C. y L 27 Tit. 23 P. 3.

(b) L. 14 Tit. 23 P. 3.

(c) Suarez de Figueroa en su tratado *de jure adhærendi.* Salgado *de Reg. protect.* 3. P Cap. 16 Núm. 66. Acev. à la L. 1. Tit. 18 Lib. 4. R. C. Cañada Juicio Ordin. Part. 2. Cap. 6.

y admitido por la constante práctica de todos los tribunales, así en el antiguo régimen español, como en el nuevo despues de nuestra independencia de la España. Fúndase principalmente en que aunque la omision de no apelar induce un consentimiento de lo juzgado, y aparece ilegal reclamar de los hechos aprobados ya, elevados á cosa juzgada para con quien los consintiò; pero bien pudo la parte resignarse á la sentencia y conformarse aun con el gravámen que le irogaba, á trueque de evitar el perjuicio de una nueva instancia y de la dilacion del pleito. Mas desde que la apelacion contraria deja frustrados estos fines y le obliga á continuar la causa, los gastos y las inquietudes que son consiguientes, puede esplicar su voluntad condicional y declarar, que quiere tambien aprovecharse del remedio otorgado al apelante para reparar el perjuicio que solamente habria sufrido, á partido de evitar mayores males. En este caso, enteramente diverso, debe conservarse la igualdad y equidad entre las partes cuyos derechos son correlativos.

278. Así, dejando á un lado las cuestiones que sobre esta materia suscitan los juristas, y que pueden verse en los autores citados, lo que se observa uniformemente es, que traidos los autos á costa del apelante al tribunal superior: espresados por él los agravios: dado traslado á la parte apelada; esta respondiendo se adhiere á la apelacion pidiendo, que la sentencia se confirme en los capitulos que espresa y le fueron favorables, y que se revoque en los que le fué perjudicial, designándolos, y pidiendo tambien condenacion de costas, estensiva á la instancia de apelacion.

279. Se ha tratado ya del tiempo en que debe interponerse la apelacion, y del tiempo en que debe mejorarse; resta tratar por último del tiempo en que debe continuarse

y finalizarse. La ley 11 Tit. 18 Lib. 4. Recopilacion de Castilla es la que decide todo lo que hay que observar en esta materia. Primeramente dispone lo que sigue. "Alzandose alguno de la sentencia que fuere dada contra él, sea tenudo de la seguir y acabar por manera que sea librado el pleito dende el dia que se alzare de la sentencia hasta un año, y si no lo hiciere que finque la sentencia firme y valedera." Despues continúa la ley. "Salvo si oviere embargo derecho porque no le puede seguir ni librar." Y últimamente concluye "y si por culpa del juez fincare de lo librar, pague las costas y daños á las partes." ¡Ojalá tuviera esta ley puntualisimo cumplimiento, para que no se eternizasen los litigios por años en cada instancia, y ojalà nuestra legislacion abreviàra todavía el término de un año reduciéndolo á seis meses, porque debiendo la administracion de justicia ser ilustrada, imparcial y breve, se oponen à esta última calidad la larga dilacion de los términos, y la prolijidad de las formas judiciales de la actual legislacion!

280. Pero mientras ella rige tal cual es, estando al tenor de la ley citada, ó el apelante no ha querido continuar la apelacion y acabarla dentro del año, que es lo mismo que haber renunciado al favor y remedio concedido; y entonces no acreditando legítimo impedimento, acusada la correspondiente rebeldía se declara la apelacion por desierta, y la sentencia por *firme y valedera*; ó justifica el apelante legítimo embarazo para no haber podido concluir la instancia dentro del año, y entonces mientras dura el embargo no ha lugar á la desercion; ò por culpa del juez, ó tribunal no se ha concluido y sentenciado, y entonces debe *pechar* el juez ò tribunal de apelaciones las costas y daños que por esta omision se hubiesen causado á las partes.

Capítulo VI.

DEL RECURSO DE SÚPLICA. (*)

281. Como de los tribunales superiores, que antes eran las Chancillerias y Audiencias, y hoy son las Cámaras de justicia, no hay lugar á apelacion porque despachan á nombre y representando al supremo poder judicial, se solicita el desagravio de la sentencia pronunciada por ella en vista, por medio del recurso de súplica que fué introducido por gracia del príncipe en la legislacion española, como lo manifiesta la ley de partida (a) disponiendo que desde que la sentencia fuera dada "por el Rey ó por el " Adelantado mayor de la Córte fasta diez dias, puede pe- " dir merced la parte que se tuviere por agraviada, que "se oya sobre ella." Mas desde que la Ley Recopilada (b) estableció la súplica de la sentencia de los tribunales supremos para ante ellos mismos, en equivalencia de la apelacion en todos los casos que no son prohibidos por derecho, debe considerarse ya como un recurso legal y ordinário, que suspende la egecucion de la sentencia suplicada, y que sucede en vez de la apelacion; de suerte que en todos los casos en que tiene lugar la apelacion, y produce el efecto suspensivo, tiene lugar la suplicacion, y por el contrario. (†) Hay sin embargo algunos en que está especialmente prohibida por derecho y se enumerarán sucintamente.

282. De la sentencia de vista de los tribunales superiores que confirmare dos sentencias conformes, dadas de grado en grado, por los jueces inferiores, no ha lugar á la

(*) Véase el decreto de 20 de Oct. de 1829. Reg. Ofic. lib, 8 No. 1223.
(a) L. 6. Tit. 24 P. 3.
(b) L. 1. Tit. 19. L 4. R. C.
(†) Cur. Fili. 5. part. § 4. No. 1. y 2.

súplica, porque tres sentencias conformes hacen cosa juzgada; (a) y así debe darse desde luego ejecutoria sobre ellas.

283. Del auto espedido en las Càmaras de justicia pronunciándose por jueces ó no, y del de remision no hay suplicacion, nulidad ni otro recurso. (b)

284. Tampoco puede suplicarse del auto en que se declara ó no la fuerza del juez eclesiástico en los recursos de este género (c).

285. No puede suplicarse la sentencia del tribunal superior, en confirmacion de otra de algun juez inferior en causa de menor cuantía, que tal se reputa â este efecto la de mil pesos abajo segun *el artículo* 3. *Cap.* 3. *Sec.* 4. *del Reglamento del Congreso de* 3 *de Diciembre de* 1817.

286. La sentencia del tribunal superior confirmatoria de la pronunciada por *arbitros juris* ó por arbitradores, no puede suplicarse; pero es suplicable la revocatoria. (d) Del auto en que el tribunal ha por recusado alguno ò algunos de sus miembros, no puede suplicarse ni por el Fiscal ni por otra parte; pero puede suplicarse del auto en que no se hace lugar á la recusacion. Tampoco se puede suplicar del auto sobre si el suplicante ha de depositar la multa ó dar fianza por pobre. (e)

287. De la sentencia dada en revista ó en grado de súplica no se puede suplicar segunda vez ante el mismo

(a) L.L 25 Tit. 23 y 4 Tit. 24 P. 3. L. 2 Tit. 19 Lib. 4. y L. 5 Tit 5 Lib. 7. R C.

(b) L. 4 Tit 5. Lib. 4. R. C.

(c) Cañada Rec de fuerza Part. 1. Cap. 11 per tot. Curia Philip. Part. 5 § 4. Núm. 2.

(d) L. 5 Tit. 11 Lib. 5. R C.

(e) L. 4. Tit. 10 Lib. 2. R. C.

Tribunal superior, sinô es en dos casos; primero: cuando en la sentencia de revista hubo nueva declaracion ó condenacion sobre nuevo pedimento, ó hubo caso omitido sobre el cual no se habia sentenciado. El segundo es, cuando despues de la sentencia de vista se opuso alguno nuevamente, ó fué llamado al pleito; pues para este la sentencia de revista viene à ser de vista: bien que en este caso no hay inconveniente para que se libre ejecutoria sobre lo ya sentenciado en revista. Del mismo modo sucede en los pleitos de acreedores, cuando alguno sale al pleito despues de la sentencia de vista; aunque entonces aquellos para quienes está ya sentenciado el pleito en revista solicitan la ejecutoria bajo de fianza de acreedores de mejor derecho (a)

288. La sùplica debe formalizarse dentro de tres dias si es de sentencia interlocutoria; y dentro de diez dias si es de sentencia definitiva, sin que haya restitucion contra su vencimiento. Dentro de estos respectivos términos, que se cuentan desde el dia de la notificacion de la sentencia de vista, han de espresarse los agravios segun la ley (b) cuya observancia es rigorosa en los Tribunales de América; y en once años que soy miembro de la Cámara de Justicia de Buenos Aires, nunca he visto hacerse lugar à este recurso despues de vencidos los términos dichos. Y para que las partes eviten dilacion, y tengan mas tiempo de formalizar la súplica, está mandado por punto general, que el escribano de cámara, entregue los autos á la que quisiere suplicar dentro del término, y bajo de conocimiento, sin

(a) Paz in pract. Tom. 1. Part. 6. Cap. 2. Nùm. 10. Villadiego instruc. Polit. Cap. 4. Nùm. 220. Curia Part. 5. § 4. Primera Suplic. Núm. 6.

(b) LL. 1. y 2. Tit. 19. lib. 4. R. C.

necesidad de pedimento que suele hacerse solicitando su entrega; y así se práctica.

289. Cuando la sentencia de vista contiene la cláusula *egecutese sin embargo*, es necesario pedir en la misma sala donde se pronunció licencia para suplicar. (a)

290. Cuando ha de suplicarse de alguna multa pecuniaria se debe acompañar certificado de haberse enterado ya la multa. Ántes se hacia el entero en la receptoria de penas de câmara. Hoy debe hacerse en Buenos Aires en la tesoreria de policia, con arreglo al decreto del Gobierno de 28 de Octubre de 1823 inserto en el Registro Oficial. (b) Pero si la persona multada reside fuera de la Capital, y se libra despacho para la exaccion, puede aquella suplicar dentro de los diez dias ante el juez comisionado, protestando hacerlo en forma ante el Tribunal de Justicia dentro del término de la ordenanza, presentando certificado de haber oblado la multa en poder del comisario de policia del departamento, ô en su defecto, oblandola en manos del mismo juez, quien manda agregar el pedimento â las diligencias obradas, y da cuenta al tribunal donde debe personarse el suplicante por sí ó por procurador: pedir los autos y espresar agravios; pues de lo contrario se manda llevar â efecto lo resuelto. Lo mismo se entiende para cualquiera otra persona contra quien se pronunciasen sentencias, autos, ô providencias en su ausencia, rebeldia, ó sin su audiencia; la cual puede suplicar dentro de los diez dias ante el juez que le hiciese la notificacion, ó ante el juez del lugar en la misma forma. (c)

(a) Auto 10. Tit. 19. lib. 4 Recop.
(b) Reg. Oficial lib. 3. N. 14 pag. 158.
(c) Auto acordado de la Audiencia de Charcas de 20 de Julio de 1762, y así se practica en la Câmara de Buenos Aires.

291. Toda la substanciacion de este recurso es reducida al escrito de súplica en forma, y al de respuesta de la parte contraria (a), quedando la instancia conclusa, ô para resolverse definitivamente, ó para recibirse á prueba si la parte alegó algo de nuevo, y pide que sobre ello sea recibida la causa á prueba, porque puede alegar y probar lo no alegado ni probado en las otras instancias anteriores, y entonces se procede en la misma forma que se ha dicho en la instancia de apelacion. Mas no se admiten probanzas sobre los mismos artículos ô derechamente contrarios, (b) sino en uno de los tres casos en que de comun estilo se admiten en la segunda instancia, como queda espuesto en el No. 270 del capítulo anterior.

292. Es muy recomendable y deben los letrados tener muy presente el consejo de un esperto magistrado (c) dirigido à que en el recurso de sûplica se alegue algo de nuevo: se propongan nuevos hechos, ó se produzcan algunos instrumentos aunque no sean muy importantes, para que el tribunal tenga motivos en que fundar la reforma de su anterior sentencia, y que el modo de interponerle sea muy decoroso: porque debiendo esperar de los mismos jueces la enmienda de su anterior juicio, es conforme á la condicion humana no exasperarlos y obstinarlos.

Capítulo VII.

DE LA SEGUNDA SUPLICACION (*)

293. La forma y modo de proceder en el recurso de segunda suplicacion se comprendian en las diez leyes del

---

(a) Paz Tom. 1 P. 6 Cap 2 No. 6.
(b) L. 4 Tit 9 Lib. 4. R C.
(c) Cañada juicio ordin. P. 2 Cap. 4. No. 41 y 43.
(*) Vease el decreto de 20 de Octubre de 1829 citado en el Cap. anterior.

Tit. 13 Lib. 5 de la Recopilacion Indiana en tiempo que nuestra Amèrica dependia del Gobierno Español; pero despues de nuestra revolucion, la primera Asamblea General Constituyente sancionó un reglamento en 3 de Febrero de 1814 por el cual se dió nueva forma à los recursos de segunda suplicacion y de nulidad é injusticia notoria. Al tratar de cada uno, se irán notando las alteraciones hechas, porque en lo demas han quedado en vigor y observancia las leyes antiguas.

294. El recurso de segunda suplicacion, que es una revision del proceso, en aquellas causas en que no compete otro remedio contra el agravio recibido en la segunda instancia, (a) fué adoptado por la ley de Segovia, (b) para la enmienda de las sentencias pronunciadas en revista, en causas empezadas nuevamente, y por primera demanda en los Consejos, Chancillerias y Audiencias, siéndo arduas.

295. Posteriormente lo sancionò la Ley Recopilada de Indias (c); y últimamente el citado reglamento nuestro.

296. Este recursò és concedido, como queda dicho, para las causas que empezaren por primera demanda, y nó por via de restitucion, nulidad, retencion, ni en otra forma, en las Cámaras de Justicia, y fuera de allí sentenciadas en vista y revista. (d)

297. Solamente puède interponersé segunda suplicacion, en las causas de cantidad de seis mil pesos, ô de valor excedente; y aunque por la antigua legislacion de Indias, no se admitia de sentencia de revista dada en juicio posesorio;

(a) Maldonad. *de Secunda Suplicat.* Tit. 1. q. 1. Núm. 1.
(b) L. 1. Tit. 20 Lib. 4. R. C.
(c) L. 1. Tit. 13 Lib. 5. R. I.
(d) Dicha L. 1. Tit. 20 Lib. 4. R. C., L. 8 Tit. 13 Lib. 5. R. I.; Artic. 1. Tit. 1. Reglamento de la Asamblea General Constituyente.

por nuestras leyes patrias se admite en uno y en otro juicio. (a)

298. Antes se interponia dentro del término de veinte dias; (b) pero hoy debe interponerse dentro de ocho, contados desde que fuere notificada á las partes la sentencia; (c) entendiéndose que este término corre desde la notificacion, aunque no se haya hecho á las partes en persona, sino á sus procuradores, pues en esto no está derogada la Ley 1. Tit. 13 Lib. 5. de la Recopilacion Indiana, que asì lo dispone.

299. No se admite el recurso de segunda suplicacion de sentencias ó autos interlocutorios, aunque sean con fuerza de definitivos, (d) ni de sentencias pronunciadas en causas criminales, criminalmente intentadas. (e)

300. El suplicante, dentro de los ocho dias que tiene para interponer el recurso, debe hacer efectivo depósito de la cantidad de quinientos pesos en las causas, cuya importancia sea de seis á doce mil pesos. En las excedentes de esta importancia debe depositar mil pesos, acreditándolo con certificado del banco de descuentos de Buenos Aires, (f)

(a) Reglamento de la Asamblea General, Art. 3. Tit. 2.
(b) L. 1. Tit. 20 Lib. 4. R. C.
(c) Reglamento de la Asamblea General, Art. 2. Tit. 2.
(d) L. 6. Tit. 20 Lib. 4. R. C.
(e) L. 11 Tit. 20 Lib. 4. R. C.
(f) Por la L. 9. Tit. 20 Lib. 4. R. C. este recurso solo se admitia en causas de tres mil doblas de cabeza, siendo sobre propiedad, y de seis mil doblas sobre posesion, afianzando el recurrente, mil y quinientas doblas para el caso de confirmarse la sentencia: por cuya razon los cinco jueces á quienes la ley de España cometia la revision del proceso en este grado, formaban la sala de mil y quinientas. En Amèrica, segun la L. 1. Tit. 13 Lib. 5. R. I., se admitia en causas de valor de seis mil pesos solamente sobre propiedad, afianzando el recurrente mil ducados, para el caso de confirmacion, segun la ley 9 del mismo título y libro. Pero por el artículo 4. título 2. de nuestro Reglamento de 3 de Febrero de 1814, solo debe afianzarse quinientos, ò mil pesos.

mas si fuere pobre con declaracion de tal, solamente es obligado á prestar caucion juratoria de pagar si llega â mejor fortuna. (a) Confirmada la sentencia suplicada es condenado el recurrente â la pérdida de la cantidad depositada, que se distribuye entre partes: dos tércias para la hacienda del Estado y una para el colitigante; (b) pero si se declarase por el tribunal que conoce del recurso no haber lugar al grado, el suplicante ha de ser penado en la pérdida de doscientos pesos, en los pleitos de seis â doce mil pesos, y en la de cuatrocientos en los de mayor cuantía, haciéndose la distribucion en la misma forma. (c)

301. Interpuesto el recurso con las formalidades prescriptas ó indicadas anteriormente, si antes por la ley 1 tit. 13 lib. 5 de la Recopilacion de Indias no embargaba la ejecucion de la sentencia afianzando el que la habia obtenido la restitucion de lo que por ella percibiese si fuere revocada, hoy por el artículo 11 tit. 2 del reglamento citado de 3 de Febrero de 1814, "suspende los efectos de la sentencia suplicada, ya sea sobre propiedad, ya sobre posesion."

302. Cuando eramos colonos se llevaban estos recursos à la Córte de Madrid à la sala de mil y quinientos compuesta de cinco ministros del Consejo de Indias. Despues de nuestra revolucion por el reglamento ante citado se atribuyò en el artîculo 1 tit. 1 á la comision permanente de la Asamblea el conocimiento y decision de este recurso y del de injusticia notoria. Ultimamente, por los artículos 13 y 14 sec. 4 del reglamento provisorio del Congreso de 3 de Diciembre de 1817, se dispuso que

(a) Art. 5. Tit. 2. Reglamento de la Asamblea.
(b) Art. 6. Tit. 2. Reglamento de la Asamblea.
(c) Art. 7. Tit. 2. del mismo Reglamento.

substanciado el grado por las cámaras de justicia, diesen cuenta con autos al Gobierno para que con consulta de su Asesor general nombre una comision de cinco letrados que le determinen. Esta comision, que durante el egercicio de sus funciones tiene el tratamiento de *Excelencia*, concluido el acto queda disuelta; y es de notar el cuidado que el Cuerpo Legislativo tuvo en la eleccion de letrados para formar la comision, pues previno cuidadosamente que se hiciese con consulta del Asesor general, y ahora que esta plaza se ha suprimido (*) debe suplirse de algun modo esta consulta, porque el Gefe del Gobierno no conoce á los letrados, ignora sus aptitudes y el grado de opinion que gozan en su profesion, y alguna vez se ha visto librar el nombramiento á un oficial de la secretaria.

303. Esto supuesto, la parte que se sintiere agraviada con la sentencia de revista, y se hallare en el caso de usar de este recurso de segunda suplicacion, debe presentarse dentro de ocho dias interponiéndolo, y acompañando certificado de haber hecho deposito de la cantidad correspondiente en el banco de descuentos, ú ofreciendo caucion juratoria con constancia de haber obtenido declaracion de pobreza, y pedir que oida la parte contraria y el ministerio fiscal se remitan los autos al Gobierno para el nombramiento de la comision que en vista de ellos la enmiende y revoque. De este pedimento se comunica traslado á la parte contraria, y con la respuesta se dá vista al Fiscal, quien en razon de su ministerio debe examinar el depòsito por el interes de la hacienda del Estado, y tambien, si el recurso es admisible en grado, por la cantidad de la causa, por su naturaleza, por la calidad de la sentencia, y demas circunstancias que se han de tener en consideracion

(*) Nuevamente se ha restituido.

por la comision al tiempo de resolver. Asì substanciado el artìculo, la Càmara de Justicia manda por auto se dé cuenta con los de la materia al Gobierno, para el nombramiento de la comision. Nombrada esta, y prestado su juramento, procede á resolver, así sobre el grado, como sobre lo principal, por el mérito del proceso, sin admitir nuevas probanzas, informes verbales, ni otras cualesquiera alegaciones en derecho. (a) Pero debe el suplicante, luego de establecida la comision, mejorar el recurso ante ella dentro de ocho dias, contados desde que se manda remitir á ella los autos originales (b), presentando el pedimento de mejora por el preciso conducto del escribano de la comision que es el de Cámara actuario en la causa, quien debe ponerle cargo aun cuando la parte no lo pida, bajo la multa de 25 pesos. (c)

304. Aunque se ha dicho, que este recurso suspende los efectos de la sentencia, y que á la comision nombrada corresponde el pronunciamiento sobre el grado, esto se entiende cuando es interpuesto, *con las formalidades prescriptas* en las leyes y en dicho Reglamento de 3 de Febrero de 1814, segun se esplica en el Art. 11 Lib. 2. Pero si el recurso fuese manifiestamente ilegal, como si se interpusiere en causa notoriamente de menor cuantía, si se interpusiere de un auto interlocutorio, ò en causa criminal, no produce el efecto suspensivo, ni el tribunal de la Cámara dejará de proceder à la egecucion de lo resuelto, porque esto seria ceder á la malicia de un litigante injusto; y cuando la ley se ha pronunciado abiertamente, no es necesario el pronunciamiento de la comision. Si así no fuere, en cada providencia y de un simple auto de substanciacion, podria interponerse un recurso especialmente por el litigante,

(a) Art. 22 Tit. 4. Reglamento de 3 de Febrero de 1814.
(b) Art. 8. Tit. 2. del mismo Reglamento.
(c) Art. 10 Tit. 2. del mismo Reglamento.

declarado pobre, y estaria en su arbitrio eternizar un pleito. Por conclusion de este capítulo debo advertir, que probablemente será suprimido el recurso de segunda suplicacion, cuando se trate de la reforma del órden judicial, y se examine la conveniencia y aun la necesidad de abolir los casos de Córte. La Cámara de Justicia, en el informe con que se acompañó el proyecto sobre la organizacion de las magistraturas en 6 de Diciembre de 1821, dijo al Gobierno lo siguiente: "Los casos de Côrte se introdujeron por las leyes de España, con un objeto laudable; pero muy luego se diò con ellos lugar á odios, y privilegios que son inconciliables con la igualdad de la justicia, y se priva á las partes del naturalisimo derecho de la apelacion. Por esta causa propone el tribunal su extincion; y la necesidad de entablar asî los juicios civiles, como los criminales, ante los jueces de primera instancia. Suprimidos los casos de Córte, y no habiendo ya lugar à iniciarse causa alguna por primera demanda en la Cámara de Justicia, debe por lo mismo suprimirse el recurso de segunda suplicacion introducido por la ley de Segovia, para las causas que tenian su principio en las Audiencias, y despues adoptado en nuestros reglamentos para dichas causas de cuantìa de seis mil pesos. Por lo mismo es inùtil fijar el tribunal que haya de conocer en este recurso."



Capítulo VIII.

DEL RECURSO ESTRAORDINARIO DE INJUSTICIA NOTORIA. (*)

305. El recurso extraordinario de nulidad é injusticia notoria no ha sido introducido por alguna de las leyes Recopiladas en los códigos españoles. Los autos acordados 6, 7 y 10 tit. 20 lib. 4., son los primeros y los únicos que hablan de este recurso, esplicando su principio, progreso y fin; pero los autos 6 y 7 no le dan el nombre de *injusticia notoria*, ni enuncian esta exhorbitante calidad. En el auto 10 del mismo tìtulo y libro se califica por primera vez con el caràcter de injusticia notoria. De aquì ha nacido la duda, si basta para fundar este recurso la simple injusticia de la sentencia pronunciada en revista por los tribunales superiores, ó es necesario que contenga una injusticia notoria, manifiesta, pública y evidente. La brevedad que me he propuesto no me permite tratar esta cuestion detenidamente. Puede examinarse en el Conde de la Cañada, y en el Fiscal D. Antonio de Elizondo que la han tratado con solidez. (a) Pero citaré algunos principios establecidos por las leyes, y las consecuencias que de ellos se derivan para hacer perceptible la naturaleza, fines y efectos de este recurso.

306. Segun el auto 10 tit. 20 lib. 4 de los acordados, en los pleitos que por sus circunstancias no admiten segunda

(*) Vease el decreto de 20 de Octubre de 1829 citado en el Cap. 2 de esta obra.

(a) Cañada juicio ordinario Part. 3 Cap. 5. Elizondo Practica Forense Tom. 6. Part. 1. Cap. 10.

suplicacion, cuales son los que no empezaron por nueva demanda en los tribunales superiores, ó aunque hayan empezado allí son de menos cuantia, queda libre y salvo á las partes el recurso de injusticia notoria. Es visto pues, que se concede contra la cosa juzgada y contra la sentencia que por derecho hace solemne ejecutoria; que se ha introducido para los casos en que se prohiben los ordinarios de apelacion y suplicacion; que no es concedido inmediatamente por la ley: y que por lo tanto, es por su naturaleza un recurso estraordinario que no debe dirijirse al recurso de cualquier injusticia (pues para este fin no se prohibirian en su caso la apelacion y súplica); sinó á la injusticia manifiesta, como particular circunstancia que lo justifica y obliga á abrir el sello de la cosa juzgada.

307. Es mas seguro este concepto, si se observa que aunque ninguna ley ha otorgado especial y nominadamente este recurso, él está fundado en el principio reconocido desde la antigüedad por el derecho, â saber: que todo juicio manifiestamente injusto es insubsistente y nulo, y mas contraidamente se halla apoyado en las dos famosas leyes de Partida (a) cuyo tenor es como sigue: "Contra ley y contra fuero siendo dado algun juicio non debe valer, é esto seria cuando en la sentencia fuese escrita cosa que manifiestamente fuese contra ley, como si dijese, mando que tal testamento que fizo fulano menor de catorce años que vala, ó si pusiese en el juicio otra cosa señaladamente que fuese defendida por ley ò por fuero: Cá el juicio que asi fuese dado maguer no se alzase dél, non es valedero nin debe obrar por él, bien asi como sinò fuese dado. Eso mismo decimos si fuese dado contra natura, ò contra

(a) LL it. 26. P. 3. y 1. Tit. 22. P. 3.

buenas costumbres, ò fuere y mandada cosa que non pudiere facer."

308. La otra ley se esplica asi: "Juicio en romance tanto quiere decir como sentencia en latin; é ciertamente juicio es dicho mandamiento que el judgador fága á alguna de las partes en razon de pleito que mueven ante él. Pero debe ser atal que non sea contra natura, nin contra derecho de las leyes de este nuestro libro, nin contra buenas costumbres......Cá en cualquier de estas cosas ó en otras semejantes de ellas, todo juicio que fuese dado non debe valer, nin ha nome de juicio."

309. Solamente este principio consagrado en nuestra jurisprudencia, de que toda nulidad notoria es injusticia, y toda injusticia notoria causa nulidad insanable y perpetua, ha podido justificar un recurso que despues de apurados todos los remedios ordinarios, y egecutoriada una sentencia rescinde la cosa juzgada sobre el fundamento de contener los vicios de nulidad é injusticia manifiesta. Para calificarla han tratado nuestros jurisperitos de fijar varias reglas que pueden reducirse â tres, derivadas del concepto claro de lo que es el juicio ó sentencia judicial.

310. Juicio ò sentencia es la comparacion de un hecho con la ley, ô la aplicacion de la ley determinada á un hecho determinado por las formas establecidas. Sentada esta idea, si sobre un hecho cierto y probado, la sentencia decide contra lo que la ley dispone; como por ejemplo, si en un juicio sobre el valor de un testamento, siendo probado que el testador era menor de catorce años, la sentencia lo declarase por válido, seria notoriamente injusta; y esta puede servir de primera regla. Si en caso de ley espresa se diere por cierto un caso no probado pronunciando sentencia contra el claro merito y resultado

del proceso, seria notoriamente injusta, como si se diese por cierta una deuda probada con un solo testigo; y esta es la segunda regla. (*)Si la sentencia se hubiere pronunciado sin observar substancialmente las formas establecidas por la ley, v. g., con defecto de citacion ó de poder bastante, exigido por la parte contraria, seria notoriamente nula; y esta es la tercera regla.

311. Por estos principios es bien fácil graduar la injusticia ó nulidad notoria de una sentencia, especialmente cuando esta resulta de las primeras nociones del proceso por su simple inspeccion. Mas esto sucede muy raras veces, y las mas es preciso examinar los hechos probados con todas sus circunstancias hasta ponerlos en estado de su positiva existencia, y poder hacer la justa aplicacion del derecho, siendo inconcuso que si despues de este exámen no se percibiese por un juicio seguro y claro la injusticia, no está fundado el recurso; debe respetarse la cosa juzgada; y confirmarse la sentencia de revista. (a)

312. Hablaremos ahora de los casos en que tiene ó no lugar este recurso: del modo y tiempo de interponerse; y del tribunal á quien corresponde su conocimiento y determinacion.

313. Ya se dijo que el recurso de injusticia notoria solo tiene lugar contra las sentencias de revista pronunciadas por los tribunales superiores en los casos en que no ha lugar á la segunda suplicacion. (b) Antes, por el derecho

(*) Téngase presente que la sentencia contra el derecho del litigante es injusta, pero no nula, y que así debe apelarse de ella, y no decirse de nulidad. Véase Parl. Dif. 70 núm. 1 y 2. Feb.° tom 4. pag 234 núm. 4., y principalmente las LL. 27 y 32. Dig. de *re judicata*. L. 19 idm. *de appellat*. L. 1. Tit. 8. Lib. 46 Dig. y L. 2. *Cod. quando provocare non est necess*.

(a) Cañada, juicio Ordinario part.3. Cap 5. *Per Tot*. D. Juan Antonio Marin. Observacion. Orig. sobre el recurso de injusticia not. Cap 5.

(b) Auto 10. Tit 20. Lib. 4.

español no era admisible este recurso en juicios puramente posesorios, pero hoy, segun el artículo 16 tit. 3 del reglamento de 3 de Febrero de 1814, tiene lugar aun en los juícios posesorios. No de autos puramente interlocutorios, ni de la sentencia de vista del tribunal superior mandada ejecutar sin embargo de súplica; sinó es que se justifique por el recurrente que habiendo pedido licencia para suplicar se le denegô. (a) Ni se admite tal recurso de las sentencias de revista de las Càmaras ó salas del crimen en causas criminales; porque este seria un medio funestísimo de dilatar la pronta administracion de justicia, y aun de eludir el castigo de los delincuentes. Asi, despues del decreto del Rey D. Fernando VI, espedido á consulta del Consejo de Castilla, (b) jamas se intentò ante los tribunales españoles en causa criminal, y mucho menos hay ejemplar alguno de que se haya intentado en América contra el testo clarisimo de la ley de Indias que dice (c) " Ordenamos y mandamos que todas las causas cri- " minales se sentencien y determinen por los alcaldes " del crimen donde los hubiere y donde no, por los Oi- " dores en vista y revista, y la sentencia que así se die- " re sea ejecutada y llevada á debido efecto, y no haya " mas grado de apelacion ni suplicacion, ni otro remedio " ni recurso alguno." A presencia de esta ley ha sido muy exótico y notable entre los jurisperitos, un recurso hecho, mientras esto se escribe, por un abogado de crédito ante el Gobierno, quejandose de haber negado la Cámara de justicia un recurso de segunda suplicacion que despues tituló de injusticia notoria de un auto revistado de

(a) Auto 7. Tit. 20. lib. 4.

(b) Decreto de Junio de 1758. Elizondo Pract. Universal Forense Part 1. Cap. 10. Tom. 6.

(c) Ley 8. Tit. 17. Lib. 2. R. I.

prision en causa criminal, por robos de que era acusado su cliente.

314. En toda causa civil, cualquiera que sea el valor del pleito puede interponerse el recurso de injusticia notoria; pues no hay cantidad designada como para el de segunda suplicacion. Así está dispuesto por uno de nuestros reglamentos que hasta hoy se observa (a.) De esta franqueza ha resultado hacerse este recurso tan comun como el de apelacion aun en causas de poca monta en que es mas ventajoso á la causa pública y á las mismas partes, sufrir el daño que les puede causar la sentencia de revista que los que acarrea la enorme dilacion de estos recursos para los cuales convendria designar el valor de la causa, si han de subsistir.

315. El recurso de injusticia notoria debe interponerse igualmente que el de segunda suplicacion dentro de ocho dias desde que se notificase la sentencia de revista á las partes ó à sus procuradores. Su mejora debe hacerse dentro de otros ocho dias desde que se mandan remitir los autos á la comision. El recurrente puede presentarse por sí ó por procurador con poder especial, y la mejora del recurso ha de hacerse por conducto del escribano de Cámara que ha actuado en la causa, quien debe poner cargo al escrito bajo la pena de 25 pesos. (b)

316. Siendo el recurso de sentencia de las Càmaras de justicia, y el valor del pleito hasta en cantidad de doce mil pesos, el recurrente ha de depositar quinientos; pero excediendo de los doce mil pesos ha de depositar

(a) Articulo 11. Reglam. Provisor. sobre los recursos de segunda suplicacion è injus. not. de 21 de Junio de 1811.

(b) Articulos 13. 14. y 15. Tit. 3. Reglamento de 3 de Febrero de 1814.

dentro de ocho dias que tiene para interponer el recurso, mil pesos. Si fuere de sentencia pronunciada por el Tribunal de comercio, el depósito será de mil pesos en los pleitos cuyo valor no exceda de doce mil, y en los de valor excedente será de dos mil pesos. El pobre cumplirá prestando la caucion juratoria de pagar si llegare á mejor fortuna. (a) El deposito debe hacerse en el Banco de descuentos en esta capital, como está mandado por punto general; y en las demas provincias en donde hubiese tribunales de justicia deberá hacerse en la tesoreria de hacienda.

317. En tiempo del Gobierno español conocia de este recurso la sala primera de gobierno del Consejo de Indias. Desde el año de 1810 hasta el de 1814 en que no habiamos todavia deslindado los altos poderes, conoció el Egecutivo. Por reglamento de 3 de Febrero de 1814 dado por la primera Asamblea Constituyente, conoció la comision permanente compuesta de individuos de su seno; y ultimamente por el reglamento provisorio del Congreso de 3 de Diciembre de 1817, se atribuyó el conocimiento de los recursos de segunda suplicacion y de nulidad è injusticia notoria á una comision eventual compuesta de cinco letrados á nombramiento del Gefe de Gobierno en cada caso que ocurra; y el de los recursos del Tribunal de Alzadas de comercio se atribuyó à las Cámaras de justicia. (b)

318. Toda la substanciacion de este recurso estraordinario es reducida à lo siguiente. El agraviado con la sentencia de revista del Tribunal de la Cámara se

(a) Art. 16, 17, 18. Tit. 3. del mismo reglamento.
(b) Articulos 9. 13. 14. del Reglam. Provis. del Congreso de 3 de Diciembre de 1817.

presenta ante ella dentro de ocho dias, interponiendo el recurso con certificado que acredite el depósito de la cantidad respectiva al valor del pleito, y pide que substanciado debidamente se mande remitir los autos al Gobierno para que se sirva nombrar la comision que ha de resolverle. De este escrito se manda dar traslado à la parte contraria, y de su respuesta se dá vista al Fiscal à quien corresponde esponer lo conveniente al depòsito por el interes del fisco, y á la legalidad é ilegalidad del recurso, pues que en él es parte legitima. (a) Llamados autos, el Tribunal manda se pasen al Gobierno para el nombramiento de la comision.

319. Nombrada esta, el recurrente mejora el recurso dentro de ocho dias, pues antes no tiene ante quien hacerlo, y llamados autos, sin mas substanciacion, informe ni alegaciones, procede à resolver asì sobre el grado como sobre lo principal por el mismo proceso, cuyo estracto hace uno de los relatores de la Cámara, y el cual debe ser concertado y firmado por los abogados de las partes cada uno dentro de tres dias. (b)

320. El mismo órden de substanciacion se observa en los recursos de injusticia notoria del Tribunal de Alzadas de comercio, sin mas diferencia que la de interponerse para la Cámara de justicia, á quien corresponde su conocimiento.

321. Si se confirma la sentencia reclamada ha de ser condenado el recurrente en la pèrdida de la canti-

---

(a) Artículo 12. Reglam. de 21 de Junio de 1811.

(b) Artículos 22. y 23. Tit. 4 del Reglam. de la Asamb. de 3 de Febrero de 1814.

dad depositada, que se aplicarà en la forma dicha para el recurso de segunda suplicacion; á saber, dos tercias partes para el Estado, y otra para el colitigante. (a) Pero es de observar que en nuestro reglamento de 3 de Febrero de 1814 que dió forma à este recurso no se señala pena para el caso de declararse no haber lugar á él. De aquí resulta que generalmente la comision eventual en vez de confirmar la sentencia reclamada, por una equidad perjudicial declara no haber lugar al recurso, abriendo màrgen à que confiados los litigantes en que no perderán el depósito lo hayan hecho tan frecuente como el de apelacion en daño de la causa pùblica y del que ha obtenido sentencias favorables.

322. De haberse permitido el recurso de injusticia notoria indistintamente de toda sentencia, sea cual fuese el valor del pleito, ha resultado, que estando à los principios de nuestro derecho se admite por la Cámara de justicia de las sentencias del juzgado de Alzada de provincia confirmatorias en causas de mil pesos abajo, porque aunque por el art. 3. cap. 3. secc. 4. del Reglamento del Congreso de 3 de Diciembre de 1817, se dispuso que los pleitos de cuantia de mil pesos ô menor, quedasen concluidos con dos sentencias conformes, no por esó se concluyó el recurso extraordinario fundado en la injusticia notoria, cuyo vicio nunca hace cosa juzgada, asì como, aunque las leyes disponen que tres sentencias conformes ó la sentencia de revista de los Tribunales Superiores hagan cosa juzgada, no escluyen por esto el recurso de injusticia notoria. La Càmara de Buenos Aires dudó sin embargo admitir el que introdujo D. J. Lopez en causa

(a) Articulo 19 Tit.3 Reglam. de la Asamblea de 3 de Febrero de 1814.

con D. S. Gonzalez de sentencia del juzgado de Alzadas de provincia, en pleito de 300 pesos, y con consulta de la Sala de Representantes, resolvió que *determinase con arreglo á rigorosa justicia*; y determinó el recurso revocando la sentencia reclamada.

323. Por iguales principios admite el recurso de injusticia notoria de las sentencias del consulado en causas que no exceden de mil pesos, en que por el artículo 9 de la cédula ereccional se niega el recurso de apelacion. Pero yo espero que si la Legislatura, cuando trate de reformar la administracion de justicia, toma en consideracion las enormes dilaciones que causa este recurso: el perjuicio que los litigantes sufren con una cuarta instancia: el abuso que se hace de este remedio concedido para reparar una injusticia evidente, convirtiéndole en un medio de violar la justicia, no se detendrà en abolirle enteramente; y concluyo este capitulo copiando las fuertes razones que el Tribunal de la Cámara espuso al Gobierno en el informe con que acompaña el proyecto de reforma del órden judicial en 7 de Febrero de 1822.

324. "El recurso de injusticia notoria (dijo el Tribunal,) es de orígen desconocido. En los códigos españoles no hay una ley que lo autorice. Los autos acordados del Consejo le dan tal cual forma solamente; pero si en la judicatura española era perjudicial, en la nuestra es pejudicial y peligroso, especialmente bajo la forma y regla que le rigen al presente. Antes se llevaba à un tribunal supremo y permanente cual era el Consejo compuesto de Ministros respetables escogidos de las audiencias, y esperimentados en la materia judicial; hoy se lleva á una comision eventual compuesta muchas veces de abogados forenses inespertos en el arte de juzgar, y tal vez sin el tiempo de

estudios que la ley exige en los jueces. Antes se decidia en este grado de la injusticia ó nulidad notoria, clàsica, y constante *ex actis*; ahora se decide por variedad de opiniones como cualquiera recurso ordinario de apelacion, sin mas requisito que la diferencia de pareceres, y muchas veces con menos votos que los que han hecho sentencia en el tribunal de la Câmara. Antes era rarìsimo el caso de revocarse las sentencias revistadas de los tribunales superiores; hoy no se señala todavia un egemplar de haberse confirmado las de la Cámara desde que se estableciò la comision. Este es un hecho de que se deduce una consecuencia muy triste; y es que en seis años, desde que juzga la comision de abogados, todas las sentencias de la Câmara reclamadas han sido notoriamente injustas, ¿pero quien podrá presumir semejante escándalo de un tribunal permanente, compuesto de jueces elegidos, que tienen responsabilidad legal y han estado sugetos á residencia? Al contrario, la presuncion se dirige naturalmente contra los jueces que forman la comision que se nombra de abogados, de entre los cuales algunos son inespertos, y otros conservan resentimientos contra la Câmara, por las prevenciones, apercebimientos ò condenaciones que á las veces les hace en razon de su oficio."

325. "Si por proveer al remoto caso en que un litigante puede ser agraviado por el Tribunal superior con notoria y clásica injusticia, se le concede este recurso á una comision de cinco jueces eventuales, ¿como se provee al caso en que esta comision agravie con notoria injusticia al colitigante? Siendo su fallo fatal, inapelable, y pudiendo ser revocatorio de las sentencias obtenidas por una de las partes en las anteriores instancias, es visto que él solo decide de la cosa juzgada, sin otra recomendacion que la de ser último, y que por ocurrir al inverosimil caso de ser

injustas, y notoriamente injustas, las sentencias de los tribunales establecidos, se deja á la parte que las obtuvo y que tiene en su favor la presuncion del derecho, espuesta á la injusticia irreparable de una comision."



Capítulo IX.

DE LOS RECURSOS DE FUERZA.

326. Nada habria conseguido el hombre con reunirse à los demas en sociedad civil si esta no le hubiese garantido contra la fuerza y violencia, con que por momentos seria amenazada su existencia ó su propiedad en el estado de dispersion natural. *Genuina igitur ac princeps causa*, dice Heinecio (a) *quare patres familias deserta naturali libertate ad civitates constituendas descenderint, fuit, ut præsidia sibi circumponerent contra mala quæ homini ab homine imminent.*

327. A este fin trasladaron los hombres en la potestad suma que eligieron, aquel mismo poder que su divino autor les concedió para defenderse y conservarse: y así es fuera de duda, que el poder de la autoridad pública tiene su principio y su sancion en el derecho natural y divino, y esencialmente incluye la fucultad de preservar al ciudadano de toda opresion, alzando la que se le haya irrogado. (b)

328. Tres especies de violencias puede padecer el hombre en sociedad. Violencia causada por la fuerza ó poder estrangero, que se repara poniendo en ejercicio el derecho de la guerra. Violencia causada por un particular á otro, que se remedia por los magistrados de justicia en uso de la jurisdiccion. Violencia causada por el juez que abusa de la autoridad pública ya sea secular,

(a) Prela. Acad. lib. 2 cap. 5 § 7.

(b) Jerem. Cap. 21. *Eruiste vi oppresos de manu calumniantium.*

ô eclesiàstico, la cual se alza por los tribunales supremos en uso del poder y derecho protectorio que la ley les ha confiado. Tratamos aquí solamente de la fuerza y violencia que pueden hacer los jueces eclesiásticos en el ejercicio de su jurisdiccion, y del recurso que las leyes ofrecen al oprimido para remediarla.

329. De tres modos pueden los jueces eclesiàsticos hacer fuerza en el ejercicio de su jurisdiccion. 1.° Conociendo y procediendo en causas profanas cuyo conocimiento corresponde á la jurisdiccion temporal, ò avocándose las espirituales pertenecientes á otras curias, ó reteniendo el juez de apelaciones el conocimiento en perjuicio de la primera instancia. 2.° En el modo de proceder y conocer, anteponiendo, preposterando, ò no guardando el órden del juicio establecido por derecho. 3°. No otorgando las apelaciones legítimamente interpuestas; ù otorgándolas en solo el efecto devolutivo, cuando deben concederlas en ambos efectos.

330. Cualquiera de estas fuerzas funda el recurso à los tribunales superiores ó Cámaras de justicia á quienes las leyes han atribuido el poder protectivo para alzarlas y defender al oprimido, que las sufre. (a) Prescindiendo de la cuestion sobre si el conocimiento de estos recursos es jurisdiccional, ò nò, basta tener presente que en ellos la potestad secular nada define sobre lo espiritual, sinò sobre lo temporal. En el recurso de conocer, solo viene á declarar el Tribunal, que la causa es puramente profana. En el del modo de conocer, de-

(a) LL. 134 y 135 tit. 15 Lib. 2 R. Ind Art. 34 tit. 2 del Reglamento de administracion de justicia de 8 de septiembre de 1813. Art. 8 Cap. 2 Sec. 4 Reglamento del Congreso de 3 de septiembre de 1817.

clara solamente que el eclesiàstico ha faltado al órden legal del juicio. En el recurso de fuerza en no otorgar, declara unicamente, que el eclesiástico oprime al ciudadano, privándole de la libertad y derecho natural de apelacion, cuyo punto es de hecho, y temporal. Fijado este concepto nos reducirèmos à describir el órden ritual de los tres géneros de recursos dichos, sin descender á las muchas especies que cada uno de éllos abraza, ni à las doctrinas que ofrece una abundantìsima materia y que pueden verse en los autores que se citan. (a)

331. Cuando el juez eclesiástico hace fuerza en conocer y proceder en causa profana que corresponde á la jurisdiccion secular, la parte á quien quiere sujetar indebidamente à su fuero, ó el mismo juez secular á quien usurpa la jurisdiccion despues de haber pedido ó requerido al eclesiástico para que se abstenga del conocimiento de la causa y la remita al juez competente con protesta del auxilio de la fuerza, debe introducir el recurso por sí, ò por medio de procurador con poder bastante ante la respectiva Camara de justicia, exponiendo la naturaleza de la causa y pidiendo se libre el despacho ordinario, para que el Reverendo Obispo, ó el discreto Provisor, ante quien pasan los autos, los remita integros y originales con emplazamiento al Fiscal eclesiástico y demas interesados, y alze las censuras si las hubiese interpuesto, por el término ordinario: y en vista de lo obrado y de lo actuado por su parte, que tambien debe presentar el recurrente, si es el mismo juez secular, se sirva declarar, que el eclesiástico hace fuer-

(a) Salg. *de reg. prot.* Covarr. in pract. Cap. 25. Elizondo pract. Univ. tom 1.° y 3.° Juic. Ecle. id. tom 7. Cap. 14 Cañada tom, 2.° *per totum*.

za en conocer y proceder en perjuicio de la jurisdiccion temporal, y que alzandola se manden remitir originales al juzgado á quien corresponden.

332. A consecuencia de este pedimento manda el Tribunal, se libre la provision ó despacho ordinario de fuerza. (a) En tiempo de vacaciones, ò cerrado el punto le manda librar el juez semanero (b). Este despacho contiene cuatro partes que debe no omitir el escribano de Càmara al estenderle. En la primera se manda al juez eclesiàstico, que siendo con ella requerido envìe al tribunal el proceso y autos de la causa, dentro del término de la ordenanza, ó inmediatamente si reside en el mismo lugar. Nòtese, que, aunque la ley de Indias (c) previene que los Obispos ò sus Vicarios remitan el proceso en testimonio, por pràctica constante de todos los tribunales de América, se manda que remitan el proceso original.

333. La segunda parte contiene el mismo mandato dirigido al notario ante quien pasan, ó en cuyo poder se hallan los autos, bajo la multa que allí se señala. En la tercera se ruega y encarga al juez eclesiàstico, que si hubiere impuesto censuras ò escomuniones absuelva de ellas á la parte ó partes llanamente, ó à reincidencia por el término de ochenta dias, ó el que pareciere al tribunal segun la distancia mientras se resuelve el recurso (d). En la cuarta se manda emplazar al Fiscal eclesiàstico y demas interesados para que por sì ò por procurador con poder suficiente comparezcan à informar de su derecho en los autos con señalamiento de estrados.

(a) Ley. 136. tit. 15 lib. 2. R. I.
(b) Ley 139. tit. 15. lib. 2. R. I.
(c) Ley 10 tit. 10 lib. 1.° R. I.
(d) L. 10 tit. 10 lib. 1.° y L. 126 tit. 15 lib. 2.° R. I.

334. Este recurso en conocer y proceder no necesita prepararse como los otros, ni puede repelerse por *defecto de estado*: pues tiene lugar en cualquier estacion de la causa, y aunque sea contra ejecutoria de tres sentencias conformes. No es necesario, ni se debe apelar primero ante el mismo eclesiástico, porque esto seria suponer en él jurisdiccion contra el fundamento del recurso. No se suspende por la separacion de la parte, ó voluntario reconocimiento que haga de la jurisdiccion del juez eclesiástico: pues en este caso se prosigue por el Fiscal de la Cámara, quien debe interesar su oficio, como encargado de defender la jurisdiccion temporal (a).

335. Traidos los autos al tribunal, manda dar vista de ellos al Fiscal, quien en estos recursos de conocer y proceder suele evacuarla sosteniendo los derechos de la jurisdiccion secular, y presentarse á defenderla en estrados; (b) pero en los otros recursos, en el modo, y en no otorgar, aunque siempre se le comunica vista de los autos, los devuelve con esta sola cláusula—*El Fiscal ha visto*.

336. Devueltos los autos por el Fiscal, se llaman para verse y resolverse, sin mas substanciacion, ni escrito, y sí solo con los informes de los abogados de las partes en estrados, que á este fin pueden pedir y se les concede el proceso para su instruccion (c). Vistos los autos, si por su mérito halla el tribunal que el juez eclesiástico usurpa la jurisdiccion que no le corresponde, provee el auto que llaman comunmente de *legos*, declaran-

---

(a) Salgad. de *Regia protect*, part. 4. cap. 14 núm. 190. Covarrub. *in practic*. cap 35 núm. 3.

(b) Ley 29 tít. 15. lib 2. R. I.

(c) Cañada Recursos de fuerza part. 1.ª cap. 7.º N.º 76.

do, que hace fuerza en conocer, y proceder, anulando lo obrado y mandando remitir la causa al juez competente. Pero si juzga lo contrario, declara que no hace fuerza, y manda se le devuelvan los autos para su conocimiento.

Capitulo X.

DEL RECURSO DE FUERZA EN NO OTORGAR LA APELACION.

337. La ley capital de esta materia es la 36 Tit. 5 lib. 2.° de las Recop. de Castil. En ella, despues de declarar "que por derecho y costumbre corresponde á la Suprema Potestad temporal alzar las fuerzas que los jueces eclesiásticos hacen en no otorgar las apelaciones que de ellas legitimamente son interpuestas, se manda á los Presidentes y Oidores......que cuando alguno viniese ante ellos á quejarse que no se le otorga la apelacion que justamente interpone de algun juez eclesiástico......manden traer el proceso eclesiástico originalmente: el cual traido sin dilacion le vean, y si por él les constare, que la apelacion está legitimamente interpuesta alzando la fuerza, provean, que el tal juez la otorgue, para que las partes puedan seguir su justicia ante quien y como deban: y reponga lo que despues de ella hubiere hecho."

338. En consonancia con la ley anterior, la de Recopilacion de Indias (a) dá la forma del procedimiento en este gènero de recursos de fuerza *en no otorgar la apelacion* disponiendo "que los tribunales superiores envien á las provincias y ciudades de sus distritos la provision ordinaria, para que los Obispos ò sus Vicarios, en los negocios eclesiásticos de que se apelare y se protestare el auxilio de la fuerza, otorguen las apelaciones, repongan, y absuelvan llanamente ò à reincidencia."

339. Así, cuando el juez eclesiàstico ha negado la

(a) Ley 136. Tit. 19 Lib. 2. R. I.

apelacion legitimamente interpuesta, ò la ha concedido solamente en el efecto devolutivo, la parte apelante le presentará otro pedimento, quejandose del nuevo agravio que recibe en la denegacion de la apelacion; pidiendo que revocado el auto por contrario imperio, se le otorgue interponiendo en caso denegado nueva apelacion, y protestando el auxilio de la fuerza. Si el eclesiàstico no hiciere lugar mandando guardar lo proveido, se presentará el agraviado ante la Càmara de justicia por el recurso de la fuerza en no otorgar, refiriendo el hecho, pidiendo se libre el despacho ordinario de fuerza, y que en vista de los autos se sirva el tribunal declararla, y alzandola, mandar que otorgue y reponga lo obrado. En todo lo demas se procede como se ha dicho para el recurso de fuerza en conocer.

340. Adviertase que siendo el recurso de fuerza causado por el eclesiástico del lugar, donde reside el tribunal, suele mandar que el notàrio, ante quien pasan los autos, los traiga en relacion, y algunas veces ha librado la provision ó despacho ordinario, de suerte que en esto no ha habido estilo constante, y deberia fijarse.



Capítulo XI.

RECURSO DE FUERZA EN EL MODO DE CONOCER Y PROCEDER.

341. Conviene este recurso con los otros dos de que hemos hablado en los artìculos anteriores, substancialmente en todo, à escepcion de una diferencia particular, que le caracteriza, y es que el fundamento que le justifica, es la inversion ó trastorno del òrden público establecido por las leyes y cánones para los juicios eclesiásticos. Mas claro, siendo las formas judiciales la salvaguardia de los derechos del individuo, la inversion de estas formas es una injusticia pùblica que impide los medios de la natural defensa y debe repararse por la Autoridad Suprema tutelar del Estado. Así no es de la injusticia que contengan las sentencias definitivas del juez eclesiástico, que se interpone el recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder, porque esta tiene el remedio ordinario de la apelacion; sinò de la que causa trastornando el procedimiento judicial, y desviándose de las reglas dadas pòr las leyes y canónicas constituciones. (a)

342. Cuando el juez eclesiàstico en el progreso de la causa omite ó trastorna el òrden substancial del juicio, como cuando no admite las escepciones del reo en su defensa, ò niega el tèrmino para probar, ò no admite la recusacion legitima, ò no resuelve otros artìculos perjudiciales, entonces hay fundamento para el recurso de fuerza al Tribunal de Justicia, y es mas ventajoso que el de la

(a) Salgad. de *Regia protect.* part. I Cap. 2 No. 206. Salced. *Ley Politic.* Lib. 1 Cap. 21.

apelacion por las razones que aduce el Conde de la Cañada, y pueden verse en sus *observaciones* sobre los recursos de fuerza. (a)

343. En este caso, notificado à la parte el auto que le causa la violencia, presenta pedimento solicitando se revoque por contrario imperio, apelando en caso contrario y protestando el auxilio de la fuerza (b) para poder usar alternativamente de un recurso en subsidio de otro; pero, como se ha dicho antes, es sin duda mas ventajoso y mas espedito el de fuerza. No revocando el eclesiástico su auto, se introduce el recurso al Tribunal de Justicia, refiriendo el hecho, pidiendo se libre el despacho ordinario, para que vengan los autos, ó que el notario eclesiàstico los pase en relacion, siendo en el mismo lugar, y que vistos se declare, que el eclesiástico hace fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede.

344. Así se manda por el tribunal; y en vista de los autos, ó declara que no hace fuerza, ó que la hace en conocer y proceder, como conoce y procede: y en uno y otro caso manda devolver los autos al juez eclesiástico.

345. En las Chancillerias y Audiencias de España se usaba un auto condicional ó misto en esta forma. *El juez eclesiàstico admitiendo la escepcion que la parte opone, ó recibiendo la causa á prueba, y reponiendo lo obrado despues de la apelacion no hace fuerza, y no procediendo así la hace, otorgue y reponga.* De esta pràctica testifican

(a) Cañada. Observac. Pract. sobre los recursos de fuerza, part. I.ª cap. 9.

(b) Vela. Disertac. 40 n.º 2.º Cortiaga decliss. 2.ª N.º 52 y 53.

Salgado y Salcedo, (a) y la he visto observar en la Audiencia de Charcas en el recurso de fuerza introducido por el Cabildo eclesiástico metropolitano, gobernador del arzobispado, el año de 1806 contra el auto en que el R. Obispo de la Paz le suspendió *in sacris*, y privò de oficio y beneficio aplicando sus rentas à la guerra que entonces tenia la España con Inglaterra, por haberse negado à dar letras dimisorias para órdenes à D. Diego Juàno, religioso de San Juan de Dios secularizado: en el cual recurso declaró la Audiencia, que alzando el R. Obispo las censuras y suspension no hacia fuerza, y de lo contrario la hacia.

346. Pero es mas usado *el auto medio* en que se declara abiertamente la fuerza en el modo, sin dejar al arbitrio del eclesiástico la revocacion del auto reclamado, pues tiene que revocarle necesariamente, y enmendar la opresion calificada ya por el tribunal.

347. Sentado que el conocimiento de las fuerzas eclesiásticas es instructivo y estrajudicial; que no es mas que el ejercicio del derecho de la defensa natural, el cual no pertenece al imperio ó jurisdiccion; que los tribunales supremos proceden con la potestad económica de proteccion y tutela, como sienten casi unanimemente los autores, (b) y se convence de la misma manera de proceder, que observan sin forma de juicio, sin citaciones, y con la simple inspeccion del proceso, es visto que los autos de fuerza en cualquiera de los tres modos dichos, escluyen el recurso de súplica limitado solamente por derecho á

(a) Salgado de *Regia protec.* Part. 1 Cap. 5. Salcedo *Ley. Polit.* Lib. 2 Cap. 21.

(b) D. Pedro Frasso *de Regio Patronat. ind.* Cap. 38. Cañada recursos de fuerza part. 1 Cap. 11 *per tot.*

los autos judiciales y contenciosos, y asi no hay ejemplar de que los tribunales le hayan admitido.

348. Cuando aparece del proceso que el recurso no se preparó pidiendo ante el juez eclesiástico la revocacion por contrario imperio, y protestando el auxilio de la fuerza, el decreto del tribunal se reduce à decir, que *no viené por el òrden y tèrminos debidos*; y cuando se nota que la provision ordinaria no se intimó al juez eclesiástico, se declara, *que no viene en estado*; sea la fuerza en no otorgar, ò sea en el modo de conocer y proceder.

349. En el no esperado caso de que el juez eclesiàstico no obedesca á la primera provision ordinaria, se pide por el recurrente, se libre la segunda con fuerza de sobre carta. Si no obedece, se libra la tercera, y sucesivamente la cuarta apercibiendole con los aprêmios y penas que señala el derecho. Mas si llegare el estremo de desobedecer hasta la cuarta provision, despues de tocados los medios de prudencia y cordura que previene la ley, y que regularmente se reducen á comisionar el tribunal uno de sus miembros para que amigablemente procure persuadir al R. Obispo ó Provisor se preste al cumplimiento de lo prevenido en ella, se decreta el secuestro de sus temporalidades con arreglo á la ley (a); y cuando esto no bastare, se procede á la ocupacion de ellas y estrañamiento del eclesiástico. Cuales bienes sean considerados por temporalidades puede verse en el Conde de la Cañada (b).

350. Tan obligado es el juez eclesiástico à obede-

(a) L. 143 tit. 15 lib. 2.° Rec. I.
(b) 2.ª part. cap. 11 N.° 23 y siguiente

cer el precepto positivo de remitir los autos, como el ruego del tribunal, para que absuelva los escomulgados. En esta parte es insostenible la singular opinion de Salgado (a) que califica este deber de mera urbanidad: porque sin redactar el catálogo de autores, que demuestran la formal obligacion que tiene el eclesiástico de cumplir con el ruego: sin detenernos en el texto espreso de la ley (b), que impone penas al que desobedeciere, hasta la de estrañamiento, basta la razon poderosa de que desde la intimacion de la provision ordinaria ya no tiene el eclesiástico en que apoyar las censuras, pues falta la contumacia sin la cual no pueden justificarse, como lo previno el Concilio Tridentino en el cap. 3.° ses. 25 *de reformat.* y se espondria á hacerlas correr sin efecto permanente, porque declarada la fuerza, tendria que alzarlas necesariamente.

(a) De *regia protect.* part. 1.ª cap. 2.° N.° 149 y 173.
(b) L. 10 tit. 10 lib. 1.° Recop. I.

Capítulo XII.

DE LA RECUSACION DE JUECES SUPERIORES E INFERIORES, ASESORES, RELATORES Y ESCRIBANOS.

ARTICULO 1.°

RECUSACION DE JUECES SUPERIORES.

351. "Es mucho peligrosa cosa de haber ome su pleito delante del judgador sospechoso " dice la ley de Partida (a); y en esta razon poderosa se funda la facultad que los derechos conceden á todo litigante de recusar à cualquier juez de quien tuviere justas sospechas por elevado que sea. Es sin duda la recusacion uno de los medios de defensa natural mas cumplidos y seguros; pues como preventivo què precave el daño, es mas ventajoso, que los que se emplean en remediar el mal ya sucedido.

352. Pero de distinto modo se recusa à los jueces que componen los tribunales superiores ó supremos; á los jueces ordinarios de primera instancia; á los delegados, y â los eclesiásticos. Hablarémos de la recusacion de los primeros en este artículo y de los demas en los siguientes.

353. Para recusar à un juez del tribunal superior ó supremo de justicia, han de espresarse específicamente las causas lejìtimas de recusacion; no en general ni vagamente; de suerte que si es por enemistad, se debe esponer el motivo de que resulta: si por parentesco, ha de espli-

(a) L. 22 Tit. 4 p. 3.

carse su clase y grado. (a) El pedimento de recusacion se presentará en el acuerdo, y no en audiencia pública, (b) firmado de letrado (c) y de la parte ò su procurador con poder, concebido en términos muy decorosos y moderados (d), y con juramento de que no se procede de malicia. (e)

354. Despues de concluido el pleito no se admite la recusacion de juez del tribunal superior ó supremo, aunque la parte jure que recien vino á su noticia el motivo de sospecha, salvo por causa nuevamente nacida despues de la conclusion. Pero jurando el recurrente que la causa de recusacion recien vino á su noticia, y ofreciendo probarla por confesion del juez recusado, se admite aun despues de concluido el pleito. (f)

355. En causas en que no hay conclusion, como son los recursos de fuerza, ò de injusticia notoria, no se admite recusacion despues de los treinta dias de empezada à ver la causa. (g)

356. Presentado en el acuerdo el escrito de recusacion, los jueces no recusados examinan si son justas y legales las causas que se proponen, ó si aun probadas son insuficientes para justificar la separacion del recusado. En este segundo caso las declara tales, y repele la recusacion condenando al recurrente en la multa y pena de seis mil maravedis, que son veinte y dos pesos un real, sin que de esta condenacion haya lugar à súplica; (h)

(a) L. 19 Tit. 10 Lib. 2. R. C.
(b) L. 9. Tit. 10 Lib. 2. R. C.
(c) L. 2. T. 11 Lib. 5. R. I.
(d) L. 1 Tit. 10 Lib. 2. R. C.
(e) L. 1. y 2. Tit. 10 Lib. 2. R. C.
(f) L. 4. Tit. 10 R. C.
(g) L. 12 Tit. 10 Lib. 2. R. C.
(h) Ll. 3 Tit. 10 Lib. 2. R. C. y 1 Tit. 11 Lib. 5. R. I.

bien que puede suplicarse del auto en que las causas se declaran por injustas alegando otras nuevas; (a) pero si examinadas estas en el citado acuerdo resultan ser justas y bastantes, entonces pronuncian auto admitiéndolas y declarándolas por tales, y que el recusante cumpla dentro de tercero dia con la ordenanza, esto es, que haga depósito en el receptor de penas de Càmara de la cantidad respectiva á la ley, (b) en cuya pena ha de ser condenado en caso que no pruebe la contenida causa, escusándose de este depósito el pobre de solemnidad que recusa con solo que haga obligacion de consignar aquella cantidad luego que venga á mejor fortuna. (c)

357. Cumplido en efecto el depòsito por el recurrente se presenta luego este con la certificacion del Receptor de penas de Cámara pidiendo que en atencion á tenerle ya asì verificado, se le mande recibir á prueba, á cuyo fin deberà asì mismo presentar el repectivo interrogatorio para que á su tenor se examinen los testigos, y si le pareciere oportuno, que primero, y ante todas cosas, jure el señor recusado por posiciones las preguntas contenidas en él: pide igualmente se mande asì, en cuya virtud negando, ó no pidiéndo que jure, mandan los demas señores no recusados recibir efectivamente á prueba con el término conveniente, como no ecseda el de la ley ù ordenanza: (d) advirtiéndose, que sobre cada pregunta no se pueden presentar mas de seis testigos. (e)

358. Producidas las pruebas de la recusacion y fe-

(a) L. 7 Tit. 10 Lib. 2. R. C y L. 5 Tit. 10 Lib. 5. R. I.
(b) L. 17 Tit. 10 Lib. 2. R. C.
(c) L. 4 y 15 Tit. id. Salg. Laber. part. 1 Cap. fin No. 124 y 172.
(d) Cur Filip. 1. Part. § 7. num. 25. Paz tom. 1. p. 6. § unic. num. 5.
(e) L. 6. tit. 10 lib 2. R. Cur. ubi supra.

necido su término sin pedirse ni hacerse publicacion de ellas, ni otra diligencia, se ven inmediatamente en el acuerdo por los dichos señores jueces no recusados, y en conformidad, si por aquellas resulta que el recusado debe ser dado por tal, proveen el respectivo auto mandando, se abstenga de la vista y determinacion del pleito, y no tenga voto en él, á cuya consecuencia pide el recusante se le vuelva el depósito y luego así se provee y se devuelve. Pero si de las dichas pruebas no resultan probadas las causas de la recusacion, en tal caso, declarando los referidos señores jueces lo contrario, condenan al recusante en la pena de la cantidad depositada; del cual auto puede suplicar (a) añadiendo nuevas causas nacidas despues de la recusacion y aun otras nacidas antes de ella, jurando que de nuevo vinieron â su noticia, y probandolas entonces solo por la confesion del recusado; no admitiendo recurso alguno el auto que sobre unas y otras se pronunciare, tanto sobre las nuevamente añadidas como sobre las primeras del grado de sùplica;(b) advirtiéndose que estas recusaciones de SS. Ministros no tienen lugar despues de firmada la sentencia,(c) estando para pronunciarse, aunque no se haya pronunciado; á distincion de las que se hacen de los jueces inferiores, pues estos pueden ser recusados despues de tener escrita y firmada la sentencia, como sea antes de su publicacion, (d)

359. La recusacion del Sr. Juez de Provincia se formaliza del mismo modo que la de cualquier juez ordinario, en cuya virtud, declarándose por recusado, se

(a) L. 7. tit. 10 lib. 2. R. C.
(b) LL. 5, 19 ibidem. Cor. loc. cit. num. 27.
(c) L. 6. tit. 10 lib. 2. R.
(d) Paz tom. 1. part. 1. temp. 16 num. 20.

acompaña con persona de ciencia y conciencia, (a) y lo mismo los señores jueces de bienes de difuntos y censos.

ARTICULO 2.°

RECUSACION DE JUECES INFERIORES Y SUS ACOMPAÑADOS.

360. Para la recusacion del juez inferior, sea de los ordinarios ó delegados, es constante segun la ley, (b) no deberse espresar la causa de ella, y asî solo basta diga, jurando el recusante, tenerle por odioso y sospechoso. En esta conformidad, recusado el juez inferior, siendo delegado, lo que se practica generalmente es, que luego que se declare por tal, se acompaña con un hombre de ciencia y conciencia, y manda hacer saber el acompañado à las partes, siguiendo despues con él la causa hasta sentencia; mas si es juez ordinario, se acompaña con el otro alcalde ordinario del lugar, y si tuviese este algun inconveniente legal ó accidental, con el Regidor decano, y si tambien este lo tuviese con el segundo, y asî sucesivamente con los demas, en cuya consecuencia hecho el respectivo juramento por el acompañado, esto es, siendo Regidor, porque los jueces ordinarios no necesitan hacerle, por tenerle ya prestado para el ejercicio de su oficio, ambos de comun acuerdo asì mismo continuan y siguen la causa, (c) sin poder ser recusados dichos acompañados asî del juez delegado, como del ordinario, sinó es con justificacion de causa legitima (d).

361. Discordando el juez recusado y su acompa-

(a) Aut. 5. tit. 10. lib. 2. R.
(b) L. 1. tit. 16 lib. 4. R. y L. 22 tit. 4. P. 3. Cañad. 3. P. cap. 7. *per. tot.*
(c) L. 1. tit. 16 lib. 4. R.
(d) Acev. supra L. 1. cit. num. 3. Greg. Lop. sup. L. 22 tit. 4. P. 3. glos. 9.

ñado en la sentencia ó auto que tenga fuerza de definitivo, cada uno de ellos pronuncia la suya, y se pasan ambas con los autos originales à la Exma. Cámara de Justicia para que apruebe la que tuviere por mas conveniente; (a) y con su declaracion se quitan las cuestiones que pudieren suscitarse entre las partes sobre cual de las sentencias se habia de ejecutar: advirtiêndose que cuando el juez propietario recusado es delegado, y no se conforma este con su acompañado en la sentencia, debe pasarse igualmente la que cada uno pronunciare al superior de donde dimanó la comision de aquel, para que del mismo modo apruebe la que tuviere por mas conveniente conforme á derecho. (b)

ARTICULO 3.° (*)

RECUSACION DE JUECES ECLESIASTICOS.

362. Para la recusacion del juez eclesiàstico, sea ordinario ò delegado, se ha de espresar precisamente por el recusante la causa legìtima de ella, (c) como de enemistad, amistad, parentesco, interés particular, ú otro semejante, jurando no hacerlo de malícia. Bajo de cuyo concepto, presentado el respectivo pedimento ante el propio juez recusado, se manda dar traslado á la otra parte, y despues, vista al promotor fiscal eclesiástico, y con lo que esponen ambos, siendo dicho juez el Obispo ò Metro-

(a) Cur. Filip. P. 1. § 7. No. 15 y 16. Colon. Tom. 2. lib. 3. cap. 1 No. 17.

(b) Colon Lug. Cit. No. 15..

(*) En este articulo hemos variado todas las citas del autor poque eran textos canónicos ó autores poco comunes. Hemos pues to en su lugar las de prâcticos mas conocidos, en los que se hallaràn tambien los textos y obras que se citaban en el original.

(c) Cur. Filip. 1. P. § 7. No. 2. Cañad. Tom. 2. P. 3. Cap. 6. No. 17.

politano manda á los dos colitigantes nombrar árbitros eclesiásticos ante quienes se pruebe, y determine la causa de la recusacion, señalándoseles término para ello, y compeliéndoles á tomar tercero en discordia. (a)

363. Nombrados así los dichos árbitros asignan luego tèrmino para que se pruebe la causa deducida por el recusante, y en su consecuencia dentro del que les fuese señalado por el Señor recusado determinan el artìculo (b) declarando, segun lo que resultare de la prueba, ser ò no legìtima la espresada causa de la recusación; y declaràndose serlo en efecto, remite en su virtud el juez recusado el conocimiento de la causa principal al respectivo superior, ò de consentimiento del recusante, le comete á otro no sospechoso, [c] pudiendo hacer tambien lo mismo si quisiese, pareciendole justa la recusacion antes de la eleccion de los àrbitros, como igualmente aun despues, con tal que no se pruebe todavia la causa de aquella [d]

364. Pero si el juez recusado fuere el Vicario general del Obispo ó Arzobispo ú otro delegado suyo, ante ellos se ha de examinar, probar, y determinar la causa de semejante recusacion, y no ante árbitros, señalàndose en la propia forma ya dicha, término para su justificacion. (e) En cuyo concepto, presentado el pedimento de recusacion ante el enunciado Vicario general, ù otro delegado, estos luego han de mandar se remitan los autos al Sr. Obispo ó Arzobispo.

(a) Cur. Lug. Cit. No. 5 y siguientes. Gutierr. proat. de los juicios. Cap 15. § 3. Feb. Tom. 3. Pag. 308. No. 30.
(b) Cur. Filip. P. 1. § 7. No. 8. Gutierr. Lug. Citat. Feb. id. No. 31.
(c) Cur. Filip. Lug. citat. Feb. Tom. 3. Pag. 309. No. 32. Paz. Tom. 2. P. 1. Cap. . No. 15 y 28.
(d) Paz Lug. citat. Feb. Lug. Citat. y Cur. Filip. Lug citat.
(e) Cur. Filip. 1. P. § 7 No. 9. Feb. Tom. 3. Pag. 309 No. 32 Paz. Lug. citat No. 18.

19

ARTICULO 4.º

RECUSACION DE ASESORES.

365. El juez que no es profesor de derecho, y por ello se llama lego, en los pleitos y causas que pendieren ante èl, debe para su seguimiento y determinacion asesorarse de abogado aprobado, dando antes noticia de su nombramiento á las partes interesadas para que si quisiesen recusarle por sospechoso, lo puedan ejecutar, por ser esto à su eleccion y arbitrio; (a) sinó es que sea Asesor general nombrado por el Cabildo, que en tal caso no hay necesidad de semejante noticia.

366. Es práctica corriente que el nombramiento de Asesor notificado por el escribano le ha de aceptar y jurar aquel ante este, firmando ambos la diligencia á continuacion del auto en que fué nombrado; si bien algunas veces se ha visto tambien seguir inmediatamente desempeñando de plano el cargo sin jurar, ni aceptarle espresamente; pues que por el mismo hecho de acordar alguna providencia en la causa de su nombramiento se entiende haberle aceptado tácitamente. Siendo aquì digno de notarse, lo primero, que respecto de tener ya jurado los abogados hacer su deber cuando se recibieron, parece en su atencion que este último modo seria mas conforme prevaleciese absolutamente en práctica al primero; pues la ley (b) tiene esta solemnidad por precisa solo en el acompañado del juez recusado, á causa de conferirle jurisdiccion, la que no tiene el Asesor. Lo segundo, que la insinuada aceptacion y juramento del nombramiento de Asesor, que se lleva prevenido, procede-

---

(a) L. 2. Tit. 21. P. 3.
(b) L. 1. Tit. 16. lib. 4. R. C.

cuando este es nombrado para la sustanciacion y seguimiento de la causa, como por consiguiente para su definitiva resolucion; porque nombrándosele únicamente para esto, y remitiéndosele en su virtud los autos, sin ejecutar dicha aceptacion ni juramento, espone inmediatamente su dictámen en los términos que le parece conforme á derecho, segun asì se practica.

367. Si el Asesor nombrado fuese de la jurisdiccion del juez que le nombró, puede ser apremiado á que acepte la aseseria, y aun á continuar habiéndola aceptado y no teniendo justo impedimento, [a] y apartàndose el Asesor de la causa en que es nombrado con motivo justo, ó sin él, siéndole admitida la escusa por el juez, debe restituir à las partes los derechos que hasta entonces hubiere llevado, para con ellos satisfacer al nuevo Asesor que se nombrare; (b) pudiendo para esta restitucion apremiarsele aunque sea de agena jurisdiccion, porque por su aceptacion tácita ó espresa se sugeta à la del juez, (c) quien á la verdad, aunque està obligado á conformarse con el parecer de su Asesor, no lo debe hacer siendo injusto, (d) sinó es que haya duda, pues en ella está precisado à seguirle. (e)

368. Supuestos todos estos principios, hecho pues notorio á las partes el nombramiento de Asesor, no se le han de pasar los autos de la causa hasta que sean pasados

(a) Greg. Lopez in leg. 2. tit. 21. p. 3. y Arg. de la L. 13. tit. 9. lib. 3. R. C. y L. 28. tit. 16. lib. 2. id.
(b) Arg. de la L. 2. tit. 16 lib. 2. R. C.
(c) Colon. tom. 2. lib. 3. Cap. 1. núm. 6.
(d) L. 2. tit. 21. p. 3. Cur. Filip. part. 1.ª § 18. núm. 5.
(e) Gutier. pront. de los juic. Cap. 15 § 4. Greg. Lopez. supra dict. L. 2.

tres dias de la notificacion del dicho nombramiento por si quisiesen recusarle, (a) en cuya atencion podrá cualquiera de ellos hacerlo en efecto por medio del respectivo pedimento, sin mas solemnidad que decir le tiene por sospechoso y que se nombre otro en su lugar, y jurar no lo hace de malicia segun se practica; (b) y en la propia forma puede ser recusado el segundo y tercer Asesor que se nombrare por cada una de las partes, sin darse lugar à la recusacion del cuarto por evitar malicia y dilaciones. (c)

369. Mas una vez consentido el Asesor despues de los referidos tres dias por las partes, espresa ò tàcitamente por haber ya actuado en el pleito sin recusarle, y aceptado el nombramiento del mismo modo, tácita ò espresamente, no se le puede recusar en tal caso sin justificacion de causa legítima, que deberá hacerse por informacion sumaria de testigos; (d) observandose la propia formalidad de espresarse causa, y justificarla, siempre que en cualquier acontecimiento se recusase á los Asesores generales: la cual particularidad sin duda es por no ser el nombramiento de estos á arbitrio de las partes, como arriba se dijo. Pero no habiendo el Asesor nombrado aceptado tàcita, ó espresamente, ni consentido las partes tambien tàcita, ò espresamente, bien puede ser recusado por cualquiera de ellas en la conformidad ya insinuada, y así mismo con causa legítima, en cualquier estado del pleito aunque le tenga consentido. (e)

(a) Colon. ubi. supra. núm. 4.
(b) Colon. id. núm. 3.
(c) Cédulas de 27 de Mayo de 1766. y de 18 de Noviembre. de 1773.
(d) Greg Lopez supra L. 2. tit. 21 p. 3. y Gutierr. Cap. 15. §. 4
(e) Colon lug. cit. num. 9.

ARTICULO 5°.

RECUSACION DE RELATORES, ESCRIBANOS Y NOTÁRIOS.

370. Tambien los relatores, escribanos y notarios de la causa, pueden ser recusados en ella por cualquiera de las partes sin ser necesario espresarse la que se tuviere contra ellos, sinó solo decir que los tienen por sospechosos y que en su virtud se les nombre el respectivo acompañado (porque no se les puede separar enteramente), y jurando no hacerse la recusacion de malicia. En cuya virtud les nombra en efecto el juez por acompañado al otro relator, ù otro escribano ó notario; pero sin perjuicio de sus derechos, (a) y luego ambos en conformidad intervienen en la causa con prevencion que recusado el juez ú otro oficial debe cesar en los procedimientos de la causa; porque de lo contrario, no siendo con el acompañado, será nulo todo lo que obrase, (b) á escepcion de aquello que se practica hasta el nombramiento de este, su aceptacion y juramento, ó si como antecedentemente se tiene apuntado, la parte recusante consintiere en ello tácita, ó espresamente sin hacer la menor protesta, pues entónces será válido por ser visto aprobarle. (c)

371. Ultimamente, por conclusion de esta materia, se advierte que los honorarios de los acompañados y Asesores nombrados debe ser á cargo de la parte recusante por haber dado motivo á ello, sinò es que el Asesor sea tomado de oficio del juez, ó á instancia de alguna de

(a) L. 10 tit. 10 lib. 2. R. C. * L. 18 tit. 10 lib. id. Paz últimas anotac. num. 42 y sig.
(b) Cur. Filip. part. 1. § 7 num. 34 y Paz lug. cit. num. 44.
(c) Acev. sup. L. 1 tit. 16 lib 4 R. num. 6. 8. 140 y 45.

las partes para el buen gobierno y acierto en el seguimiento y determinacion de la causa, que entonces deberán satisfacer por mitad ambas partes, salvo el honorario que resultare de la recusacion de tal Asesor, nombrándose otro en su lugar; pues en tal caso debe observarse lo mismo que se tiene ya espresado, esto es, que el recusante está obligado á satisfacer por entero. (*)

(*) Como el autor no habla de las recusaciones de los jueces del consulado, debemos agregar lo que hay sobre la materia para conclusion de este capitulo. De las recusaciones de Prior y Consules hablan el articulo 10 cap, 1.° de las Ordenanzas : el articulo 15 de la cèdula ereccional, y el articulo 6.° del decreto de 20 de Marzo de 1822. La recusacion de todo juez del Consulado, sea ordinario, ò especial debe hacerse espresando la causa en que se funda, comprometiendose á probarla dentro de tres dias improrogables, y depositando antes, donde el tribunal lo ordene, la cantidad de doscientos pesos. Sinò se prueba la causa de la recusacion, se repele esta al cuarto dia, y los doscientos pesos se aplican á los fondos públicos.

Respecto al juez de alzada de comercio, se manda por la cèdula de 18 de septiembre de 1809, que pueda recusarse con causas bastantes y probadas en los mismos tèrminos y bajo las penas señaladas para la recusacion de los Oidores. Segun la cédula citada, la Càmara conoce de la recusacion, y si da por suficientes y probadas las causas de ella, recae el conocimiento del pleito en el Camarista subdecano.

En general, los Ministros de la Exma. Càmara que presiden juzgados particulares pueden ser recusados en los mismos tèrminos que los demas Señores, como lo ordena la cèdula de 11 de julio de 1804; y así se recusa al Camarista que preside al Jurado de apelacion en las causas de imprenta por la ley de la Provincia, que se refiere á dicha cèdula. (Ley de 18 de diciembre de 1827 inserta en el Registro Oficial tom. 6 pag. 99.)

TRATADO 2.°

NATURALEZA, ORDEN Y FORMA DEL JUICIO EJECUTIVO.

Capítulo I.

DE LA NATURALEZA Y OBJETO DEL JUICIO EJECUTIVO: DE LAS COSAS QUE TRAEN APAREJADA EJECUCION, Y DE LA PRESCRIPCION DE LA VIA EJECUTIVA.

372. Juicio ejecutivo es el que se dirije al efectivo cumplimiento de las obligaciones que traen aparejada ejecucion. Es por su naturaleza breve y sumario. Es introducido en favor de la República y del actor ejecutante, como enseñan comunmente los autores prácticos é insinua la ley de la Recopilacion de Castilla. (a) Por esta razon, y como todo su objeto es el puntual cumplimiento de aquellas obligaciones que el derecho presume ciertas é incuestionales, no causa instancia ni admite la escepcion de litis pendencia. (*)

373. En fuerza de este principio, es doctrina comun, que el acreedor, á quien compete la via ejecutiva para perseguir el cobro, si intentare la ordinaria, puede volver á intentar la ejecutiva. Puede tambien el acreedor, pendiente la ejecucion de la deuda ante un juez, continuarla ó intentarla de nuevo ante otro con tal que sea competente. Puede finalmente intentar la via ejecutiva contra su deudor, no obstante que este le haya puesto de-

(a) L. 2.ª tit. 21 lib. 4 R.

(*) Véase Febrero tom. 3.° pág. 377 núm. 56, y tambien la nota de su reformador que impugna esta opinion.

manda y pleito ordinario sobre el contrato ô instrumento ejecutivo para eludir su fuerza y valor. [a]

374. Producen accion ejecutiva, ó traen aparejada ejecucion la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y la ejecutoria librada sobre ella: (¶) los rescriptos, órdenes ó mandatos del príncipe en las monarquías, ò del supremo magistrado, que ejerce el poder ejecutivo en las Repúblicas, siendo espedidas en forma legal: (*) los instrumentos ó escrituras públicas: (†) las cuentas aprobadas en juicio: (‡) la confesion judicial: (‖) el juramento decisorio: (††) y los vales ò documentos simples reconocidos. (‡‡)

375. La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que es la pronunciada por juez competente en contradictorio juicio, y de la cual ya no hay recurso legal de efecto suspensivo, trae por derecho aparejada ejecucion, (b) y tambien la ejecutoria librada sobre ella, aunque las personas y bienes esten fuera del distrito. (c)

376. Así es, que el simple precepto de un juez, en que sin precedente citacion ni audiencia manda, que alguno dé y pague á otro alguna cosa ô cantidad, no teniendo fuerza de cosa juzgada, no trae aparejada ejecucion, y se convierte en simple citacion, como lo dis-

---

(a) Paz fn pract. tom. 1. p. 4 cap. 1.° y 2.° Cur. Filip. 2.ª p. juicio ejecut. §. 1.°

(¶) L. 1 tit. 21 lib. 4. R. C. L. 114 y siguientes tít. 15 lib. 2 R. I.

(*) LL. 29 30 31 y 52 tit 18 P. 3

(†) L. 1 y 2 tít. 21 lib. 4. R. C.

(‡) L. 24 tit 21 lib. 4 R. C.

(‖) L. 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. C.

(††) LL. 3 y 15 tít. 11 P. 3.

(‡‡) L. 119 tit. 18 P. 3. y LL. 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R, C.

(b) Vease todo el titulo 27 de la P. 3.ª y L. 6 tit. 17 lib. 4 R.

(c) L. 5 tit. 17 lib. 4 R.

pone espresamente la ley de Partida. (a) Por igual razon, si en la sentencia del superior fuere el juez inferior nuevamente condenado en costas, salarios, ó multas sin haber sido citado ni oido, esta condenacion no prepara ejecucion, y notificándosele, se convierte en mera citacion, quedàndole salvos sus recursos, como se practica y es comun doctrina de los jurisperitos. (*)

377. Aunque generalmente hablando no puede ejecutarse un auto ò sentencia en causa civil, pendiente apelacion; pero aquellas en que la apelacion no produce por derecho efecto suspensivo, traen aparejada ejecucion, como la sentencia, en que se manda dar sepultura á un cadàver, ó se dá tutor á un huerfano que no le tiene, ò se manda recojer frutos pendientes, ó se decretan alimentos á favor de un pobre, *judicis officio*, ó sobre salarios ó paga de jornales. (†)

378. La sentencia de ârbitros juris, ò arbitradores, en quienes las partes se comprometieron, obligândose à cumplirla, siendo dada dentro del término señalado por el compromiso, sobre el caso, y cosas que las partes sujetaron á su decision, y ante escribano público, trae aparejada ejecucion, sin embargo de apelacion, reduccion ó alvedrio de buen varon, ù otro recurso: pero en caso de recurso se ejecutará bajo fianza segun la ley Recopilada. (b) Por un abuso introducido contra la citada disposicion legal se observa, que los àrbitros, especialmente en materia de comercio, pronuncian su laudo ó sentencia, sin la fé del escribano, y el tribunal le manda ejecutar sin este requisito, sobre lo cual se suscitan pleitos inter-

(a) L. 22 tit. 22 P. 3.
(*) L. 20. tit. 2. lib. 3 R. C. Cur. Filip. part. 2. §. 3. N,° 3.
(†) L. 6. tit. 18. lib. 4. R. C. Cur. loc. cit. N.° 10. y 11.
(b) L. 4 tit. 21 lib. 4 R.

minables contra el objeto que las partes se proponen, cuando sujetan sus diferencias al juicio de amigables componedores.

379. Tambien aparejan ejecucion los rescriptos ù òrdenes del supremo poder ejecutivo de un estado, siempre que se espidan con arreglo á la constitucion y leyes del país. Así es, que el rescripto librado en perjuicio de tercero, sin haber sido citado, ni oido, es núlo, y no prepara ejecucion, como lo dicta la buena razon y lo disponen las leyes. (a) No es ejecutivo el rescripto dado contra derecho divino natural ó positivo, (b) aunque contenga cláusulas derogatorias. Ni es ejecutivo el obtenído con obrepcion ó subrepcion. (c)

380. Traen aparejada ejecucion los instrumentos ô escrituras públicas, que son las otorgadas ante escribano público del nùmero y testigos, donde le hay, ó ante escribano nacional en su defecto; contengan ò nò la cláusula guarentigia que es aquella en que el otorgante se somete y dà poder á los jueces de cualquiera fuero para que le ejecuten como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; pues aunque por derecho antiguo era necesaria la clâusula guarentigia, hoy basta que el instrumento sea público y contenga las solemnidades dispuestas por derecho. (d)

381. Estas solemnidades y requisitos son principalmente, que en la escritura se esprese el dia, mes, año y lugar en que se otorga, sin abreviaturas, ni solas letras

---

(a) L. 30. tít. 18 P. 3 LL. 2.ª 3.ª y 4.ª tít 14. lib. 4 R. C. y Auto 70 tít. 4. lib. 2.

(b) L. 31. tít. 18 P. 3.

(c) LL. 36. y 53. tít 18 P. 3

(d) LL. 1.ª y 2.ª tít 21. lib. 4 R.

iniciales, (a) que se espresen en ella el plazo, pactos, y condiciones que las partes acordaren; que el escribano lea todo el tenor de la escritura á los testigos instrumentales; (b) que el escribano dé fé del conocimiento de los otorgantes, y en caso de no conocerlos juren dos testigos de su conocimiento; que las escrituras se otorguen ante tres testigos, ó al menos dos, mayores de toda escepcion los cuales deben firmar con sus nombres; (c) que los otorgantes las firmen, y no sabiendo hacerlo, firmen á su ruego uno de los testigos; (d) y finalmente, que el instrumento público no esté roto, ni cancelado, ni enmendado en parte sustancial, sin haberse salvado la enmendatura.

382. El instrumento público trae aparejada ejecucion no solamente por la obligacion contenida en él espresamente, sinó tambien por la obligacion virtual que naturalmente nace y se deduce de la espresa. (e)

383. En cuanto al instrumento, que no contiene cantidad lìquida, cuando, y como trae aparejada ejecucion, no es de nuestro proposito detenernos. Vease à la Curia Filipica, Vela y á Carleval que tratan prolijamente esta materia. (f)

384. Las cuentas estrajudiciales hechas por las partes ò por los contadores que ellas nombran, no traen aparejada ejecucion, mientras no sean aprobadas por el juez ò re-

(a) L. 7.ª tit. 19. P. 3.
(b) LL. 54. y 64. tit 18 P. 3.
(c) LL. 54. y 114 tit, 18. P. 3. y Greg. Lopez á la dicha ley 54 gloss. 7.
(d) L. 13. tit. 25 lib. 4 R. C.
(e) Cur. Filip. 2.ª P. § 7.
(f) Cur. Filip. 2.ª P. §. 8. Vela disert. 24 No. 26. Carleval tit. 3 disp. 15.

conocidas en juicio. Pero en un pleito de cuentas las que presentaren de unánime acuerdo los contadores nombrados por las partes, siendo confirmadas por el juez, traen aparejada ejecucion por su alcance, sin embargo de apelacion, dando fianza el ejecutante de volver lo que recibiere con los frutos y rentas que produzca en caso de revocacion, segun lo dispone la ley. (a)

385. Prepara á sí mismo ejecucion la confesion judicial hecha ante juez competente, siendo clara y categórica como está espresamente dispuesto por las leyes de Partida, y de Recopilacion. (b) Cuando la confesion de la obligacion se hace ligada á cierto plazo y condicion, no puede por ella librarse ejecucion, hasta que el plazo sea cumplido, ó la condicion verificada, y lo mismo debe decirse, cuando el demandado en juicio ordinario sin instrumento público, ni vale simple reconocido, contesta confesando haber contraido la deuda; pero opone al mismo tiempo escepcion de pago, pacto de no pedir, ù otra perentoria, ofreciendo probarla: porque esta confesion no es categórica. En este particular no es fundada la opinion de la Curia Filípica 2.ª part. Juicio ejecutivo §. 5, en que sostiene, que puede aceptarse la confesion de la deuda y repudiarse la escepcion, sin hacerse cargo, que entonces todo juicio vendria á ser ejecutivo, y que esta doctrina solamente es verdadera cuando á presencia de un documento simple en que está viva la obligacion, le reconoce el otorgante, y alega escepciones dividuas, cuya prueba solo tiene lugar en el término del encargado, como se dirá despues.

386. El juramento decisorio, que la una parte defiere

(a) L. 24 tit. 21 lib 4 R. C.
(b) L. 7 tit. 3 L. 2 lib. 4 P. 3 y L. 5 tit. 21. lib. 4. R. C.

á la otra en juicio, y fuera de él antes y despues de la contestacion, trae aparejada ejecucion, como consta de la ley de Partida, con las limitaciones que en ella se espresan. (a)

387. Los conocimientos, vales, ó documentos simples reconocidos por la parte que los otorgó, aparejan ejecucion. Así lo dispone la ley de Partida por estas formales palabras, *si la parte contra quien aducen tal carta como esta la otorgare* (confesare ó reconociere) *debe valer, bien así como si fuese fecha por mano del escribano público;* (b) y la ley Recopilada en igual forma (c). Segun esta última el reconocimiento judicial puede cometerse al alguacil ú oficial de justicia ó al escribano.

388. El reconocimiento debe hacerse por la misma parte á cuyo nombre aparece otorgado el documento, y así, aunque le reconozca el que le firmó á su ruego, ó se compruebe con los testigos instrumentales, ó por el cotejo de firmas, no trae aparejada ejecucion, y esta clase de pruebas servirá solamente para la via ordinaria. (*)

389. Cuando el reconocimiento se hace con calidad ó escepcion, si la escepcion es individua, impide la ejecucion; pero si es dividua, ó contiene capítulo y hecho separado no la impide, porque puede aceptarse en parte, y en parte repudiarse. Véase sobre este particular la doctrina de Villadiego, Valenzuela, Gutierrez y Matienzo. (d)

(a) L. 15. tit. 11. P. ?.
(b) L. 119 tit. 18. P. 3.
(c) L. 6. tit. 21. lib. 4. R. C. L. 6 idem
(*) Cur. Filip. part. 2.ª §. 6. N.° 2.
(d) Villadiego Instruc. politic. cap. 2 N.° 26 y 27. Valenz. Conc. 126 N.° 28. Gutierrez lib. 1.° q. 126 N.° 1. Elizondo Practica forense tom. 1. juicio ejecutivo pag, 9.

390. Es de tenerse muy presente, que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y el instrumento, sea público ó privado reconocido, traen aparejada ejecucion, no solamente en cuanto á la obligacion que espresamente contienen, sinò tambien en cuanto à la obligacion tàcita y virtual, que es una necesaria consecuencia de la espresa: Por ejemplo; si la sentencia declara á Pedro deudor de mil pesos á Juan, aunque no le condene al pago, es ejecutiva en cuanto á la obligacion de pagar, que implicitamente contiene. Si Antonio otorga un instrumento público dotal en que confiera haber recibido diez mil pesos en dote, aunque no se obligue espresamente à restituirlos, el instrumento es ejecutivo en cuanto á esta obligacion implicita. (*)

391. Autores hay que opinan en contrario sentido por el empeño de reducirlo todo à disputa, contra el claro espíritu de las leyes, y contra la buena razon; pero la pràctica constante de los tribunales ha sancionado como indudable la primera sentencia. Véase sobre esta materia à Carleval que la trata con solidez y magisterio. (a)

392. Descendamos por último à tratar de la prescripcion del derecho ejecutivo. Sentado ante todo que el que produce la sentencia pasada en cosa juzgada, ó el instrumento público no es eterno sinó temporal, porque se prescribe á cierto y determinado tiempo, así por derecho comun, como por el derecho castellano que observamos. La ley 63 de Toro, que hoy es la 6 tit. 15 lib. 4 de las Recopiladas, fijó el tiempo en que se prescribe la fuerza ejecutiva de las obligaciones personales y de las sentencias, y el tiempo en que se prescriben las mismas

(*) Cur. Filip. part. 2. §. 7. N.° 4.
(a) Carlev. tit. 3 disp. 5.

acciones por esta terminante disposicion. "El derecho de "ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez "años, y la obligacion personal y la ejecutoria dada sobre "ella, se prescriba por veinte, y no ménos; pero donde "en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion "ès mixta de personal y real, la deuda se prescriba por "treinta años y no ménos."

393. En cuanto á la inteligencia de esta ley, autores clásicos han opinado (a) que su primera parte comprende los instrumentos, y las sentencias pasadas en cosa juzgada, sancionando la extincion de su fuerza ejecutiva por el espacio de diez años; pero que en la segunda parte habla solamente de la accion, señalándole veinte años transcursos para su prescripcion. Otros jurisconsultos respetables, y entre ellos principalmente Antonio Gomez y Tomas Carleval (b) dan á la ley un sentido mas sencillo, y mas conforme al texto literal. Segun estos, la ley en su primera parte hace perecer por el transcurso de diez años la fuerza ejecutiva de todo instrumento, que contiene obligacion personal, y no mas; pero en su segunda parte abraza la accion personal y la sentencia pronunciada sobre ella, disponiendo que tanto la accion misma, como la fuerza ejecutiva de la sentencia que sobre ella reçayere, se presçriban por el lapso de veinte años.

394. Esta es sin duda la inteligencia genuina de la ley bien manifestada en su contesto literal. *El derecho de ejecutar* (dice en su primera parte) *por obligacion*

(a) Castillo, in leg. 63 de Toro á la palabra *la accion personal* vers. *vel melius*. Diego Pérez á la ley 3. tit 13 lib. 3. del ordenam. Parlad. lib. 1. *rerum quotidian.* cap. 1.° §. 14 n.° 1.

(b) Gomez á la ley 63 de Toro al principio. Carlev. tit. 3. disp. 4.ª

personal se prescribe por diez años. En esta cláusula no hace mencion alguna del derecho de ejecutar producido por sentencia; pero en la segunda iguala la accion personal con la sentencia dada sobre ella, señalando á una y otra el mismo tiempo de prescripcion por estas terminantes palabras: *la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriban por diez años y no ménos.* Si hablàra solamente de la prescripcion de la accion y no de la prescripcion del derecho de ejecutar por la sentencia, no haria mencion de la *ejecutoria*, que en frase jurídica llamamos á las letras ejecutoriales espedidas en fuerza de una sentencia; porque las que se espiden en fuerza de un instrumento se llaman *mandamiento de ejecucion.*

395. Tambien se prescribe por diez años el derecho de ejecutar por las obligaciones censuales, réditos, y prestaciones anuas. No es de nuestro propòsito examinar la controversia, que sobre este particular han suscitado tambien los escritores jurispéritos; sinó sentar la opinion generalmente recibida y sostenida por la práctica de nuestros tribunales. Parladorio, Villadiego, y el autor de la Curia Filipica (a) sostienen que en cuanto á los rèditos anuales se prescribe el derecho ejecutivo, que produce el instrumento de censo luego de vencidos los diez años, no solamente por los vencidos, sinó tambien por los futuros, á escepcion de las pensiones anuales, que se deben por legado, porque en estas, siendo tantos los legados cuanto los años, se necesitan otras tantas prescripciones. Paz, Gutierrez, Avendaño, Carleval, Elizondo y otros (*)

(a) Parladorio lib. 1.° *rerum. quotid.* cap. 1.° § 12. Cur. Filip. 2.ª p. § 1 N.° 7. Villadiego Politic. cap. 2. N.° 35 y 36.

(*) Paz in pract. tom. 1.° 4. p. cap. 3. N.° 15 y 16. Carleval disput. 4: tit. 3 N.° 16 17 y 18. Elizondo tom. 2.° pag. 4 N.° 6. Avendaño cap. 103. N.° 8 y 9. Gutier. lib 1.° quest. 90 N.° 4.

enseñan que en los instrumentos de rèditos anuos no se prescribe la via ejecutiva por el lapso del tiempo en cuanto á los réditos futuros, ni en cuanto à los vencidos dentro del decenio, es decir, por los nueve años próximos pasados, sinó en cuanto à los vencidos fuera de los diez años: fundàndose en la razon de que en las obligaciones anuas el tiempo de la prescripcion no se debe computar desde el principio de la obligacion, sinò desde el principio de cada año, porque desde entonces empieza el derecho de cobrarlos ejecutivamente. Esta última opinion es, sin duda, la mas recibida y la que ha autorizado la prśctica constante de nuestros tribunales; y así, transcurso el decenio por los réditos anuales, se pide, y se libra la ejecucion por los últimos nueve años.

396. Cuando y porque actos se interrumpa la via ejecutiva y si esta puede perpetuarse despues de la ley 6 tit. 15 lib. 4 de las Recopiladas, consultese á los autores Parladorio, Villadiego, Carleval, y Elizondo en los lugares que abajo se citan. (a) Baste sentar que hay gran distincion entre la interrupcion de la prescripcion y la perpetuacion del derecho ejecutivo: porque la interrupcion no es otra cosa que el impedimento obstativo de que la prescripcion ya comenzada corra y prosiga en adelante; de manera que la prescripcion una vez turbada por él, debe iniciarse nuevamente desde el tiempo de la interrupcion. Mas la perpetuacion proroga la vida de la accion y hace que esta, siendo de corta duracion, se haga perpetua y se estienda hasta los cuarenta años. Las cuestiones sobre si se ha interrumpido ó no el derecho eje-

---

(a) Parladorio lib. 1° cap. 1° § 13 No. fin. Villadiego instruc. politic. cap. 2.° N.° 38 Carleval tit 3.° disput. 4 N.° 21. Elizondo juicio ejecutivo tom. 1.° N.° 9.

cutivo son muy frecuentes en los tribunales especialmente desde que la equidad introdujo el primer decreto *de solvendo*, que se notifica al deudor antes de librarse el mandamiento ejecutivo, porque es una verdadera citacion: y por esto no podemos dejar de recomendar la doctrina de Villadiego y del sâbio autor de la Curia Filìpica sobre esta materia. (a)

397. El derecho de ejecutar por salarios de criados, y oficiales y por medicinas de botica, se prescribe por tres años segun la ley. (b)

398. Aunque regularmente en toda prescripcion se requiere buena fè; pero para la prescripcion del derecho ejecutivo, no es necesaria en la comun sentencia de los jurisperitos, que copiosamente citan Carleval, y la Curia Filipica, (c) fundandose en que la prescripcion de la via ejecutiva no estingue la accion principal, pues queda al acreedor la via ordinaria para cobrar lo que le es debido; sinó solamente el medio de conseguir el cobro breve y râpidamente en pena de su negligencia. Sin embargo, en el fuero de la conciencia es obligado â pagar todo deudor, que sabe que no ha pagado lo que debe.

399. La prescripcion de la via ejecutiva no corre contra los hijos de familia mientras estuvieren en la potestad del padre, ni contra los menores de veinte y cinco años, sinó cuando hubiese empezado á correr contra aquellos á quienes hubiesen sucedido, ni corre contra la muger casada en razon de la dote, y arras, sinò cuando no le ha demandado al marido su restitucion; sabiendo que es

(a) Villadiego intruc. politic. cap. 2.° N.° 38. Cur. Filip. 2. p. § 1.° N.° 12.

(b) l. 9 tit. 15. lib. 4 R. C.

(c) Carleval. tit. 3. disp. 4 N.° 2 Cur Filip. 2.ª p. § 1.° N.° 8.

disipador. (a) Pero los menores y demas privilegiados pueden pedir se les restituya el tiempo de la prescripcion, como lo dispone la ley de Partida. (b)

400. Tampoco procede la prescripcion ejecutiva en el caso de compensacion por otra deuda, cuyo derecho ejecutivo ya está prescripto, con tal que no haya prescripto la accion ordinaria. (c)

401. La cautela que suelen aconsejar los pràcticos para que no tenga lugar la prescripcion ejecutiva, es que en el instrumento de la obligacion ò deuda se ponga por clâusula, que al cumplirse cada diez años, se entienda renovado el contrato, como si nuevamente se otorgàra, ó que se renuncie por el deudor la prescripcion ejecutiva. Nos hemos detenido en esta materia algo mas de nuesro propòsito por ser tan frecuente en el foro. Tratémos àhora del òrden y forma del juicio ejecutivo.

(a) L. 8. tit. 29. P. 3.ª
(b) L. 9. tit. 19. P. 6.
(c) Cur. Filip. 2.ª p. § 1.° N.° 11.

Capítulo II.

DEL ÒRDEN Y FORMA DE PROCEDER EN EL JUICIO EJECUTIVO.

402. Antes de ponerse demanda ejecutiva debe observarse cuidadosamente, quien la pone, ante que juez, contra quien, y con que recaudos ó instrumentos; sobre lo que puede verse à Villadiego en el capítulo 2 de su instruccion política.

403. Ya hemos dicho que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y la escritura pública tienen igual fuerza ejecutiva; pero que el documento simple de obligacion, solamente es ejecutivo despues de reconocido por su autor. En esta virtud debe presentarse el acreedor pidiendo que el deudor le reconozca bajo de juramento en forma, y reconozca si es suya la firma que le suscribe, ò si es firmado á su ruego, y que asì verificado se le comunique en traslado ó vista para usar de su derecho. Así preparada la ejecucion se presentará el actor ante el juez competente pidiendo se libre ejecucion y embargo contra la persona y bienes del deudor por la cantidad adeudada, por la décima y costas de la cobranza con arreglo à la ley, (a) y protestando recibir en cuenta legítimos pagos: con cuya cláusula se restringe el cobro á la cantidad debida, y se evita la pena del doblo que impone la ley 9 tít. 21 lib. 4 de la Recopilacion al que cobra mas de lo que se le debe. El juez antes de proveer debe inspeccionar por su oficio el mérito ejecutivo de los instrumentos ò recaudos con que se le pi-

(a) L. 2. tit. 21. lib. 4. R.

de la ejecucion, porque el juicio ejecútivo que es violento y empieza por la aprension de la persona y embargo de los bienes del demandado, le infiere grave daño y de consiguiente grave injusticia, si se hace lugar á él sin mérito bastante. A consecuencia de este pedimento proveerá el juez su decreto *de solvendo* mandando, *que dentro de tercero dia dé y pague la cantidad demandada bajo de apercibimiento de ejecucion.*

404. Este prévio decreto ha sido introducido por mera equidad de los juzgados y tribunales, fundada en muy buenas razones, y autorizada por una práctica uniforme é inmemorial.

405. Si el deudor notificado del mandato *de solvendo*, y vencido el tercero dia no pagare, presentará el actor otro pedimento solicitando que á virtud de no haber cumplido aquel con lo ordenado se libre desde luego el correspondiente mandamiento de ejecucion y embargo contra su persona y bienes. Así se proveerá por el juez; y librado el mandamiento de ejecucion se entregará á la parte ejecutante para que lo haga cumplir con el oficial de justicia (antes alguacil) que eligiere, só pena de nulidad, como lo dispone la ley Recopilada. (a)

406. Cuando la ejecucion haya de hacerse fuera del lugar de la residencia del juez, si es en agena jurisdiccion, se librará requisitoria de ruego, como lo previene la ley; (b) pero si hubiere de verificarse dentro del territorio de su jurisdiccion, se librará despacho de comision, cometido su cumplimiento en esta provincia al

(a) L. 17. tit. 21. lib. 4. R.
(b) L. 20. tit. 21. lib. 4. R.

juez de paz del lugar, ò por su impedimento á persona que fuere de la satisfaccion judicial, quien para ejercer su comision debe pedir el correspondiente auxilio al juez territorial, manifestandole el despacho de su comision, como se practica constantemente. Tèngase presente, que tanto en el caso de requisitoria como en el de comision, deben insertarse los recaudos necesarios; á saber: el instrumento de la deuda, el pedimento del autor, y la providencia en que se manda librar la ejecucion, (*) para que de este modo conste la justificacion con que procede el juez que la dispone y el que la cumple.

407. Pero si el juez requerido, ò el inferior comisionado no quisieren dar cumplimiento á la requisitoria ó despacho sin embargo de contener las justificaciones convenientes, el actor interesado puede ocurrir al tribunal de justicia respectivo, quejàndose de la resistencia ó negligencia de aquellos, y pidiendo se libre provision ó despacho para su cumplimiento; pero si aun este no tuviere efecto, pedirá sobrecarta con costas, ó que se envie persona que la cumpla á costá del juez omiso.

408. A la vez, cuando los bienes del deudor están en lugar cercano al del juicio, suele pedir el actor por evitar costas, que se remita al juez ò persona á quien se ha de cometer la ejecucion el espediente original, sirviendo el decreto de suficiente despacho, y asì se manda de cuenta y riesgo suyo.

409. Debe hacerse la ejecucion en bienes ciertos, y determinados del deudor, y así la que se hiciere en todos sus bienes generalmente sin especificarlos seria nula. (a) Primero ha de hacerse en bienes muebles y á

(*) L. 114. tit. 15. lib. 2. R. Y.

(a) Cur. Filip. 2. p. juicio ejecutivo § 15 N.° 2. L. 10 *Cod. de jure dominii impetrando.*

falta de estos en raices: así lo exije por forma la ley de Castilla; (a) de suerte que, si habiendo bienes muebles se trabare en raices seria nula. Requerido el deudor debe designar los bienes en que se ha de trabar la ejecucion; mas si no quisiere nombrarlos, sinó pudiere ser habido, ó sinó son bastantes, puede nombrarlos el acreedor, y tambien el fiador del deudor.

410. El embargo de bienes no debe ser superfluo y perjudicial al deudor por capricho del ejecutor, como sucede muchas veces, sinó limitado prudentemente à la cantidad demandada y costas de la cobranza, supuesto que en el distrito de Buenos Aires, ni aun en las demas provincias de la Repùblica, no hay costumbre de exigir la dècima. Esto es conforme á la ley de Partida. (b)

411. A falta de bienes muebles y raices se puede y debe hacer la ejecucion en los nombres del deudor, es decir, en las deudas activas, derechos, y acciones que tenga en su favor y sean constantes, debiendo en este caso elegirse las mas ciertas y abonadas. En los censos, rèditos y pensiones anuales que goza el deudor, se puede trabar la ejecucion indistintamente, como tambien en el dinero que tenga en poder de otro en guarda ó depósito. (c)

412. No es conforme con la brevedad de esta obra tratar de los bienes en que no puede hacerse ejecucion. Las leyes 3 tít. 27 Part. 3, y 19 tìt. 21 lib. 4 de las Re-

(a) L. 19. tit. 21 lib. 4. R.
(b) L. 3 tit. 27. P. 3.
(c) Cur. Filip. 2 p. juicio ejecutivo § 15 N.º 18. Villadiego instruc. politic. cap. 2. N.º 71.

copiladas los especifican, y sobre ellos se estiende prolijamente el autor de la Curia Filípica. (a)

413. Los bienes manifestados para la ejecucion se han de secuestrar, inventariar, y depositar en persona llana y abonada, sin que pueda el alguacil ù oficial de justicia retenerlos en su poder como lo dispone la ley. (b) Seguidamente el ejecutor exijirà al deudor fianza de saneamiento, es decir, fianza que asegure, que los bienes secuestrados son propios del deudor, y que son bastantes para cubrir la cantidad de la deuda y costas de la ejecucion, quedando el fiador responsable á la satisfaccion en caso contrario. Y si el deudor no diere fiador de saneamiento, debe ser puesto en prision â no ser de las personas privilegiadas por derecho para no ser encarceladas por deuda, segun está prevenido por la ley Recopilada. (c) Pero en cuanto à los privilegios personales para no sufrir prision por deuda que conceden las leyes, y de que hablan prolijamente los autores, hay algunos, que por la forma misma y constitucion de nuestro gobierno han cesado, como es el de nobleza y otros semejantes.

414. El escribano que actuare con el ministro ejecutor, debe sentar el dia, mes, año y tambien la hora en que se hace la ejecucion, porque pagando el deudor dentro de las veinte y cuatro horas desde que se trabó la ejecucion, se escusa del pago de costas, y de la décima donde hubiere costumbre de exijirla. (*)

415. Evacuadas las diligencias supradichas, solicita-

(a) Cur. Filip. 2. p. juicio ejecutivo § 16.
(b) L. 7. tit. 21 lib. 4. R.
(c) L. 19. tit. 21 lib. 4. R.
(*) LL. 18. 21. 22 y 23. tit. 21 lib. 4. R. C.

rá el actor ejecutante por un pedimento, que se den los pregones á los bienes embargados, y el juez así lo manda. Tres deben ser los pregones, que siendo los bienes muebles, se darán de tres en tres dias, y siendo raices de nueve en nueve dias segun la ley 19 tìt. 21 lib. 4 de las Recopiladas. Pero es de notar, que cuando la ejecucion se hiciere por requisitoria, el primer pregon se ha de dar en el lugar donde el ejecutado tuviere su domicilio, y los demas en el lugar del juicio como está dispuesto por derecho. (a)

416. No podemos dejar de hacer observar la irregularidad del procedimiento ejecutivo en esta parte segun las leyes españolas, que todavia le rijen. Si despues de secuestrados, inventariados, y puestos en seguridad los bienes ejecutados, se ha de citar al reo, se ha de admitir su oposicion, si la hiciere, se ha de admitir sus escepciones, y se ha de sentenciar la causa de remate, declarando haber, ó no haber lugar á la ejecucion ¿porquè se anticipan los pregones para la venta de unos bienes que todavia se ignora, si serán vendidos en almoneda? Si la sentencia declarare haber lugar á la ejecucion, mandando llevarla adelante hasta la venta de los bienes ejecutados y efectivo pago al acreedor, este seria el tiempo oportuno de pregonarlos y justipreciarlos; pero si declara lo contrario y manda alzar el embargo, es visto, que los pregones han sido inútiles, en perjuicio del reo y sin provecho del actor. Seria pues mas sencillo el juicio ejecutivo si se reservâran los pregones hasta despues de la sentencia de remate.

417. Volviendo al órden del juicio ejecutivo, puede el

(a) L. 36 tit. 4 lib. 3. R.

deudor renunciar, ó haber por dados los pregones con protesta de aprovechar su término, y en este caso se omiten, pero se deja vencer el término de ellos, de que gozará el reo para preparar su oposicion y los medios de probarla. (a)

418. Si la ejecucion se ha hecho en bienes muebles y raices, bastarà que se den los pregones de nueve en nueve dias, á unos y à otros, como que es el mayor término. (b) Si la cosa ejecutada fuere la misma especie debida al acreedor, ó el mismo género ó moneda, en que haya de hacerse el pago, se omiten igualmente los pregones, comò en el caso de haberlos por dados el deudor, pero este no goza el término de ellos; porque los bienes que no han de venderse en almoneda no deben pregonarse. Téngase tambien entendido, que donde no hubiere pregonero, la publicacion se suple con edictos ó carteles fijados en los lugares públicos en los mismos términos como se practica.

419. Despues de dados los pregones á los bienes embargados, ó vencidos los plazos cuando se han renunciado, pide el actor ante el juez, se cite al reo de remate, y provee mandandole citar. Esta citacion debe hacerse al reo ejecutado en su persona, y no pudiendo ser habido, debe hacerse y dejarse por escrito á su muger, hijos, ò criados, ó à los vecinos mas inmediatos conforme á la ley Recopilada. (c) Y si el reo no tuviere domicilio, ni se esperare su vuelta al pueblo donde vivia,

(a) Parladorio lib. 2 *rerum quotid.* p. 5 § 8. Covarrubias lib. 2 varias cap. 11 N.° 3. Elizondo tom. 3 juicio ejecutivo N.° 27.
(b) Cur. Filip. p. 2.ª § 18 N.° 5.
(c) L. 19 tit. 21 lib. 4 R. C.

se le debe citar por edicto público en el lugar que acostumbraba presentarse. Despues de lo cual, puesta constancia en autos, de su ausencia y de estas diligencias; ignorándose su paradero, se le nombra un defensor al cual se citará para el remate, y con él se entenderán las demas gestiones del juicio. (a)

420. Despues de citado el reo le concede la ley tres dias para oponerse á la ejecucion, (b) ó si estuviere fuera del lugar del juicio, el término que le señalare el juez en la requisitoria ó despacho que librare. Las escepciones que puede poner para enervar la ejecucion están designadas en la ley 1.ª tít. 21 lib. 4 de la Recopilacion que dice: "Mandamos......que no sea admitida " ni recibida por nuestros jueces ninguna otra escepcion, " ni defension, salvo paga del deudor, ó promision, ó pac" to de no lo pedir, ô escepcion de falsedad, ó escep" cion de usura, ó temor, ô fuerza." Pero puede tambien oponerse otras semejantes de igual fuerza y naturaleza, segun la espresion subsiguiente de la misma ley " *y tal, que de derecho se puede recibir.* Es muy recomendable sobre esta materia la doctrina de D. Francisco Antonio de Elizondo en su práctica universal. (c)

421. Si el reo se opusiere á la ejecucion dentro del têrmino dicho, el juez le ha por opuesto y le encarga los diez dias de la ley para probar sus escepciones, dando traslado del escrito de oposicion al ejecutante que debe contestarle inmediatamente. Dentro del enunciado tèrmino encargado es, que el reo ejecutado y el actor

(a) Rodriguez *de executione* cap. 5 N.º 89.
(b) L. 19 citada.
(c) Tom. 3 pag. 28 n.º 43 hasta el 57.

ejecutante deben producir sus interrogatorios: presentar sus testigos para que sean examinados con citacion contraria; y hacer todas las pruebas que crean convenientes, el uno para justificar sus escepciones, y el otro para desvirtuarlas, todo como en el juicio ordinario. (a)

422. Es de advertir, que siendo el término del encargado muy estrecho y perentorio, dentro de él se han de presentar los instrumentos y escrituras de prueba y se han de juramentar y examinar los testigos como espresamente lo previene la ley; (b) á no ser, que por culpa del juez ò escribano se hubiere omitido juramentarlos ò examinarlos, en cuyo caso no debe imputarse à culpa de la parte, especialmente si protestó la negligencia. (c)

423. Frecuentemente sucede que el reo, luego que se le notifica el primer decreto *de solvendo*, se opone á la ejecucion antes de darse los pregones, ó despues de dados; pero antes de ser citado de remate. En uno y otro caso es práctica admitirle la oposicion encargándole los diez dias de la ley, sin que entonces pueda gozar del término de los pregones, que por el hecho de anticipar la oposicion, es visto haber renunciado ni sea necesario citarle de remate. (d) Pero el juez debe cuidar de que no se frustre por esto el objeto de la via ejecutiva, como suele pretenderse por los deudores; pues en todo caso y sin perjuicio de la anticipada oposicion siempre que haya mérito bastante para librar el mandamien-

(a) Acevedo *supra leg.* 2.ª tit. 21 lib. 4 R. C.

(b) L. 2.ª citada.

(c) Rodriguez *de executione* cap. 6 N.º 29. Elizondo tom. 3 juicio ejecutivo pag. 31 N.º 57.

(d) Gutier. lib. 1.º pract. quest. q. 133 N.º 11. Elizondo tom 3 pag. 27 N.º 41.

to ejecutivo, ha de librarse y procederse al secuestro y depòsito de los bienes, hasta que quede en seguridad la deuda.

424, Por limitado y fatal que sea para el deudor ejecutado el términuo de los diez dias que la ley le concede para probar sus escepciones, es prorogable á solicitud del acreedor ejecutante, porque la via ejecutiva es introducida en su favor, con tal que la proroga se pida dentro del tèrmino, y de la manera que en la ordinaria : y el nuevo término será comun á ambas partes, como lo enseñan los práticos mas recibidos. (a)

425. Los dias de Pascua y los demas en que està cerrado el despacho de los tribunales, no se cuentan en los diez de la ley, ni tampoco las demas ferias que comprendan la mayor parte de dicho término. (b)

426. Vencidos los diez dias no se admite prueba alguna sinò la de posiciones, que el reo puede pedir absuelva su contrario, siendo antes de sentenciada la causa de remate y pudiendo verificarse por requisitoria, cuando el acreedor estuviese fuera de la provincia. (c) Tampoco se admiten tachas de testigos ni pruebas de ellas en el juicio ejecutivo, como en todos los demas juicios sumarios, segun doctrina de todos los autores y práctica de todos los tribunales. Véanse los principales citados en la Curia Filípica 2.ª part. § 20 N.° 7.

(a) Parladorio lib: 2 *rerum quotid.* cap. fin p. 5. § 10 N.° 13. Gutier. pract. quæst. q. 116. Cur. Filip. 2. p. § 20. N. 4. Elizondo. tom. 3 pag 31. n.° 60.

(b) Rodriguez *de executione* cap. 5. n.° 41. Elizondo lug. citat. n.° 59.

(c) Arg. de la L. 72 tit. 4 lib. 3. R. C. Parladorio *rer. quotid.* cap. fin. p. 5. ¶ 10 n.° 25 y siguientes.

427. Si el reo no se opusó á la ejecucion, ó si transcursaron los diez dias de la ley, el juez procede á sustanciar la causa segun el mérito del espediente, ó declarando no haber lugar á la ejecucion, y mandando alzar el embargo de los bienes con chancelacion de la fianza de saneamiento; ó mandando continuarla, darse el cuarto pregon y hacerse el remate de los bienes hasta el efectivo pago de la deuda y costas de la cobranza, otorgándose por el acreedor la fianza de la ley llamada de Toledo, es decir, de que en caso de revocarse por el superior en grado de apelacion en cualquiera instancia, devolverá lo que recibiere por la deuda, (a) en inteligencia de que no está en práctica la devolucion del doblo que previene la ley.

428. El juez no necesita interpelacion alguna para sentenciar la causa luego de vencido el tèrmino encargado. Otras veces la parte ejecutante solicita por un pedimento la sentencia. Pero suele la parte ejecutada pedir los autos para alegar en vista de las pruebas producidas y oponerse el actor, de donde resulta un artículo que exige una interlocucion. El autor de la Curia Filípica 2.ª part. § 21 n.º 1. sienta que el juez debe sentenciar la causa de remate, sin otra citacion de las partes, sinò solo dàndoles los autos para informar, si los pidieren, primero al actor que al reo: pero la ley 19 tít. 21 lib. 4 de las Recop. y con ella generalmente los autores escluyen todo otro alegato por escrito; y nuestro tribunal revocó el año de 1827 un auto del juez de Alzadas de provincia que en grado de apelacion mandaba

(a) LL. 2. y 19. tit. 21. lib. 4. R.

entregar los autos al ejecutado para que alegase en vista de las pruebas.

429. Si el reo, para probar sus escepciones, ofreciere testigos residentes fuera del lugar del juicio, que por la distancia no puedan declarar dentro del término de los diez dias, se procede sin embargo á sentenciar la causa ejecutiva, y en la misma sentencia se recibe á prueba con el término de la ordenanza segun la distancia del lugar, con calidad de hacerse el pago al acreedor bajo de fianza de devolver lo que recibiere, si el reo probare las escepciones alegadas; (a) y aunque la ley dispone que el reo tambien otorgue fianza de pagar el doblo si no las probare, no está en pràctica exigirsele, sinò solamente condenarle en todas las costas. Recibida à prueba la causa en el caso dicho, se sigue por via ordinaria hasta la sentencia definitiva.

430. Pronunciada la sentencia de remate, debe ejecutarse sin embargo de apelacion, porque no es apelable en el efecto suspensivo, sinó solamente en el devolutivo. (b) Sin embargo, por pràctica muy antigua asì en España como en América, que ha continuado aun despues de nuestra independencia, y que hoy se observa en Buenós Ayres en los lugares donde reside el tribunal superior, interponiendose apelacion para ante él, se suspende la ejucucion de la sentencia, se concede el recurso en relacion, y se pasan al tribunal los autos originales por la oficina de Càmara que corresponde. Esta pràctica està fundada en la inmediacion del recurso y prontitud con que se revuelve sin causar à las

(a) L. 2. tit. 21. lib. 4 R.
(b) LL. 3 y 19 tit. 21 lib 4 R.

partes los costos del testimonio de autos que deberian sacar para seguir su apelacion, ni tanta dilacion, ni tan grandes perjuicicios: en el tribunal de comercio no se observa; pues allì la apelacion en los juicios ejecutivos no suspende la ejecucion de la sentencia. (*)

431. Aunque la ley 19 tit. 21 lib. 4 de la Recopilacion Castellana dispone que la sentencia de remate se ejecute sin embargo de cualquier nulidad, esto no se entiende cuando la nulidad ò la injusticia son notorias y constantes manifiestamente de los mismos autos, como si la ejecucion se hubiese librado en fuerza de un instrumento simple no reconocido, ó la sentencia de remate se hubiese pronunciado sin citacion. (a)

432. La sentencia dada en via ejecutiva, sea no haciendo lugar à la ejecucion, ó sea mandando se lleve adelante, aunque sea confirmada en todas instancias por el superior, no produce escepcion de cosa juzgada para la via ordinaria; y asì queda siempre salva á las partes la via ordinaria para pedir su derecho, y esclarecer en ella su justicia, aunque no haya conseguido demostrarlas en las angustias del procedimiento ejecutivo. (b)

433. Notificada la sentencia de remate á las partes, y otorgada por la del ejecutante la fianza de la ley de Toledo, se dá el cuarto pregon à los bienes ejecutados, apercibiendose al remate en el mejor postor y admitiendose las posturas que se hicieren á ellos. (c) Mas co-

(*) Oficio del Gobierno de 24 de octubre de 1821 insertó en el Registro tom. 1 n.° 10.

(a) Gutier. lib. 1.° pract. quæst. q. 120 n.° 1.2. y 4 Acevedo *in leg.* 3. tit. 21. lib. 4 R. n.° 7. Cur. Filip. 2. p. § 21 n.° 3.

(b) Acevedo *in leg.* 1.ª tit. 21. lib. 4 R. n.° 204. Vela disert. 22. n ° 33. Parlador. lib. 2· *rer. quotid.* cap. fin. 5. p. § 11. n.° 52. Cur. Filip. 2. p. § 21 n ° 5.

(c) Paz tom. 1. p. 4. cap. 3. n.° 43. Cur. Filip. 2. p. § 22. n.° 1.

mo los bienes no pueden rematarse sin preceder tasacion para que el juez constándole su valor pueda admitir las posturas legìtimas y verificar el remate sin lesion enorme del ejecutado, porque es un administrador legal, el actor ejecutante pide en este estado se proceda al justiprecio si antes no se hubiesen estimado, (a) nombrando por su parte en el mismo pedimento los maestros ò peritos en el arte ú oficio á que correspondan por su clase, y solicitando se mande, que de no conformarse el reo con los nombrados, nombre otros por la suya dentro de tercero dia bajo de apercibimiento, que en caso de no verificarlo se nombrarán de oficio del juez, quien así lo ordena. Con la conformidad del reo con los peritos propuestos por el actor, ó bien de los que por su parte propusiere, ò de su omision, el juez los ha por nombrados ò los nombra de oficio, y nombra tambien tercero en discordia, mandando que, prèvia la aceptacion jurada del cargo, procedan al avaluo de los bienes embargados.

434. Practicado este y presentado al juez manda dar traslado al ejecutante, y ejecutado; y resultando ser arreglado y bastante el valor de los bienes para el pago de la deuda y costas de la cobranza, le aprueba, y el actor pide seguidamente se señale dia para el remate. Regularmente el actor en el mismo escrito en que aprueba por su parte la tasacion practicada, suele pedir el señalamiento de dia para el remate, y el juez en el mismo auto le señala haciendose saber al actor, reo y postores, y tambien al público por carteles y por los periodicos, como se acostumbra en esta ciudad.

(a) Martinez, Libreria de jueces tom. 2. cap. 6. N. 43.

435. El dia designado se verifica la almoneda y remate de los bienes en el último postor que ofreció mayor precio, ó mejores condiciones y utilidad; (a) y en igualdad de posturas ha de ser preferido el pariente del deudor, y el acreedor al pariente, cuando con licencia y beneplácito del deudor quisiere comprar la cosa ò bienes subhastados, porque sin su consentimiento no puede comprarlos segun la ley de Partida. (b)

436. El remate debe hacerse en el lugar acostumbrado, y en Buenos Ayres se hace en el lugar del juicio, á saber, en la casa de justicia ò en la del Consulado.

437. Se ha de hacer en la forma y con la solemnidad debida, porque de lo contrario, es nulo y debe abrirse, admitirse nuevas posturas y hacerse juridicamente; pero una vez hecho debidamente, es firme, y la venta que en su virtud se hace por el juez, es tan valedera como la que haria la parte por contrato, segun lo dispone la ley de Partida. (c)

438. Hecho el remate de los bienes embargados puede el deudor sacarlos de poder de quien los compró, ó del acreedor á quien se adjudicaron, dando el precio dentro de tres dias si fueren muebles, y dentro de nueve dias, si fueren raices: pero esta facultad no les es concedida por derecho alguno escrito, sinó por costumbre testificada por clásicos autores, (d) y que hemos visto constantemente observada en el tribunal de Chuquisaca,

---

(a) Cur. Filip. 2. p. § 22. N. 5.
(b) L. 44. tit. 13. p. 5.
(c) L. 52. tit. 5. P. 5.
(d) Cur. Filip. 2. P. § 22. n.° 18.

y en el distrito de esta capital. Si dentro del referido tèrmino el deudor no hubiere sacado los bienes subhastados pedirà el actor, y tambien puede pedir el rematador la aprobacion del remate, y que en consecuencia haga este dentro de tercero dia consignacion del valor de los bienes, el cual se deposite conforme à derecho. Esta solicitud se substancia dando traslado al ejecutado, y no oponiendo este vicio alguno que invalide el remate, se aprueba y se manda consignar el precio apremiando sumariamente al comprador en caso de omision por embargo y venta de bienes y aun con apremio personal. (a)

439. Verificada la consignacion del valor de los bienes rematados, siendo suficiente para el pago de la deuda y costas, el actor solicita se haga la tasacion de las causadas en todo el juicio y que hecha se espida el conveniente libramiento para su pago, y el del crédito principal que ha perseguido, chancelàndose la fianza de saneamiento y tambien la de la ley de Toledo, si la sentencia de remate hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada. Asi lo manda el juez: se practica la tasacion de estos: se dá de ella un traslado á las partes: se aprueba siendo arreglada: se despacha el libramiento contra el depositario, que en esta ciudad es el Banco Nacional: se pagan las costas y el crédito del ejecutante bajo su recibo que todos los interesados ponen en los mismos autos entregàndose al deudor el sobrante que hubiere, y chancelándose la fianza de saneamiento y la de la ley de Toledo en el caso dicho. (b)

(a) Cur. Filip. lug. citat n.° 26. Salgado Laber. cred. p. 3. cap. 2. n.° 151.

(b) Colon. lib. 2. p. 145.

440. En consecuencia de todo lo dicho, el rematador de los bienes, si fueren raices ó inmuebles, pide ante el juez, que se le mande otorgar la venta judicial de ellos por el ejecutado bajo de apercibimiento de proceder á otorgarla de oficio, si no lo verifica. (a) El juez provee en conformidad de esta solicitud, y otorgándose la venta judicial ó por la parte ejecutada ò por el juez en su rebeldìa, se da al comprador la posesion de la finca, ó bien raiz rematado. Mas siendo los bienes muebles no es necesario escritura, y el remate es tîtulo bastante para la entrega. Asi se sustancia y concluye el juicio ejecutivo cuando los bienes ejecutados son suficientes al pago de la deuda y ha habido postor que los compre en almoneda.

441. Pero cuando no ha habido comprador puede el acreedor pedir, que se le adjudiquen *in solutum* por el precio de su tasacion, segun lo dispuesto en las leyes de Partida, (b) y aun puede ser compelido á recibirlos á solicitud del deudor : (c) bien que en este caso el acreedor puede elegir los mejores bienes, y el deudor queda obligado al saneamiento, y este remedio, como subsidiario, procede, cuando el deudor no tiene dinero con que pagar la deuda, ni hubo postor á los bienes embargados ó lo hubo en menos de su justo precio : y es digna de notarse la pràctica de algunos tribunales en donde cuando es obligado el acreedor à recibir *in solutum* los bienes del deudor, que manifiestamente le son de poca utilidad, ò innecesarios, se le rebaja la sexta parte del pre-

(a) L. 6. tit. 27. p. 3.
(b) L. citat. y L. 44. tit. 13. p. 5.
(c) Parlador *rer. quotid.* 5. p. cap. fin. § 17. n.°. 22. y siguientes. Cur. Filip. p. 2. § 22. n.° 16.

cio de su tasacion. En Chuquisaca era esta pràctica inconcusa, y en nuestro tribunal podemos recordar dos ejemplares. Si los bienes adjudicados excedieren en su valor al monto de la deuda, el esceso será devuelto al deudor, y si no alcanzaren, este deberá pagar el resto segun la citada ley 44 tít. 13 de la Partida 5.

442. Como la adjudicacion no es una verdadera venta, no es necesario el otorgamiento de escritura, y basta para título el testimonio en relacion de los autos, que puede pedir el acreedor, à quien el juez mandarà dar posesion real de los bienes raices, ó sitios adjudicados, luego que la pidiere; y cuando fueren dos ó mas los acreedores, y bastante el valor de la finca ò bien inmueble, y todos solicitaren la adjudicacion, sustanciado el articulo debe adjudicarse con preferencia al mas antiguo ó privilegiado en su crèdito, siendo de la obligacion de este el pago de los demas.

443. Cuando el producto de los bienes embargados al reo ejecutado no fuere bastante para el pago de la deuda, debe pedir el actor mejora de la ejecucion, y para ello que se libre mandamiento de apremio contra el deudor y contra su fiador de saneamiento para que se perfeccione y tenga cumplido efecto el pago de la obligacion. (a) Este apremio debe empezar por el embargo de bienes, y en defecto de estos por la captura de la persona del deudor y del fiador, sin que sobre esto se haga lugar á la apelacion. (b)

(a) Veanse las leyes del titulo 27. P. 3.

(b) Salgado *de rey*. P. 4. cap. 5. n.º 52. Elizondo. tom. 2. pag. 8. n.º 2.

444. Disputa es entre los prácticos españoles, si los bienes embargados nuevamente por apremio, para mejorar la ejecucion deben sacarse al pregon, ó si deben venderse sin las formalidadcs de la via ejecutiva. La Curia Filípica sostiene esta segunda opinion; (a) pero Colon y Elizondo (b) siguen decididamente la primera, que á mas de ser tan conforme â la razon, es la que se practica; y asì se pregonará de tres en tres dias, siendo mueble, ó de nueve en nueve siendo raiz: se tasaràn, se rematarán y con su producto se hará el întegro pago de la deuda, y costas nuevamente causadas. Bien que segun costumbre de algunos lugares las cosas fungibles en su género como el vino, aceite, trigo y otras que tienen precio cierto en el mercado, suelen venderse con un solo pregon, pero siempre en almoneda como lo testifica Carleval y Elizondo, (c) haciendo argumento de la ley 52 tít. 5 P. 5.

445. Cuando la ejecucion haya de perfeccionarse en dinero, porque el embargo se bizo en dinero que el deudor tenia en sus arcas, ó en depòsito en àgeno poder, como no ha de venderse tampoco, debe subhastarse y asf se omitirán los pregones, el justiprecio y remate: pero despues de hecho el secuestro, se citarà al reo para sentencia, à fin de que pueda oponerse dentro de tercero dia y probar dentro de los diez dias del encargado las escepciones que dedujere, y si no se opusiere ó no probare las escepciones opuestas, se pronunciará sentencia, en la cual omitiendose el mandato de que se haga el

(a) Cur. Filip. 2. p. § 22. n.° 13.
(b) Elizondo. tom. 2. pag. 50. n.° 2.
(c) Carlev. tit 3.° dip. 1.ª n.° 9. Elizondo. tom. 2.° pag. 51.

remate, se condenará al deudor al pago con el dinero embargado bajo la fianza de la ley de Toledo.

446. Del mismo modo se procede cuando se ha trabado lo ejecucion en réditos de censos, derechos y acciones, que contra ótros tenga el ejecutado ó en el mismo género, ò especie en que debe hacerse el pago. (a)

447. En cuanto á la ejecucion *ad factum*, es decir, de la obligacion de hacer alguna cosa ú obra, suscitan los jurisperitos diferentes cuestiones segun la diversidad de casos, que no es de nuestro propósito examinar. Bástenos sentar como reglas fundamentales las disposiciones del derecho español tanto antiguo como nuevo en la materia, que se hallan registradas en las leyes de Partida y de la Recopilacion de Castilla. La ley 5 tít. 27 de la Partida 3.ª despues de hablar del cumplimiento de la sentencia, dada sobre deuda y sobre dominio, dice "E si "la sentencia fuere dada contra el demandado en razon "de alguna cosa que debiere facer, débelo apremiar que "la faga así como fué puesto ò la prometió." La ley 3 tít. 14 de la Partida 5 se esplica asì "Otro sí deci-"mos, que si el que oviesse fecho pleito de fazer alguna "cosa é non lo pudiere fazer en la manera que habia "prometido, que debe cumplir de otra guisa el pleito "segun el alvedrio del judgador del lugar. E debe pe-"charle el daño, è el menoscabo que le vino por razon "que non fizo aquella cosa así como prometió." La ley 35 tít. 11 de la Partida 5 dispone que "só cierta pena "y à dia señalado prometiendo un ome á otro de dar "ô de facer alguna cosa, si aquel dia no oviere dado ó

(a) Cur. Filíp. 2 p. § 18 n.° 18.

"fecho lo que prometió tenudo es de pechar la pena, ó "de dar ò de facer lo que prometió qual mas quisiere "aquel que recibió la promision. E non se puede escu- "sar, que lo non faga maguer el otro nunca gelo oviesse de- "mandado" y sigue dicha ley designando el modo de cumplir la obligacion de hacer alguna cosa, cuando el obligado no se ligó á dia cierto ni á pena determinada. Ultimamente la ley 2 tìt. 16 lib. 5 de la Recopilacion Castellana que es el derecho que por ahora nos rige, establece por regla general "que pareciendo que alguno "se quiso obligar á otro por promision ò por algun con- "trato, ó en otra manera, sea tenudo de cumplir aque- "llo à que se obligó......y manda, que todavia vala la "dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en cual- "quier manera que parezca que uno se quiso obligar á "otro."

448. Estas son las disposiciones legales que reglan las obligaciones *ad factum* y su ejecucion: pero como los diferentes modos de contraerlas, los diferentes pactos de los contratantes, producen diversidad de casos, remitimos á los lectores al docto magistrado Dr. Tomas Carleval, (a) cuya sòlida doctrina es digna de consultarse en este punto.

449. Queda reasumida sustancialmente la forma y modo de proceder por la via ejecutiva al cumplimiento de las obligaciones eficaces, que la aparejan. Por complemento de este capìtulo creemos de importancia añadir algunas otras prevenciones que se escaparon de nuestra atencion.

(a) Carleval *de judiciis* tit. 3 disput. 3.

450. Si despues de pedida y hecha la traba en los bienes del deudor, acreditare ante el juez el acreedor, que no son bastantes para el pago de la deuda y costas, ó que algun tercero tiene derecho á ellos, puede pedir, y el juez debe mandar, que se mejore en otros bienes la ejecucion. En tal caso se pregonarán unos y otros; pero si los bienes primeramente embargados ya hubieren sido pregonados se darán los pregones publicando los de la mejora en sus respectivos tèrminos segun su calidad de muebles ó raices, citandose nuevamente de remate al ejecutado si es que ya lo habia sido antes. (a)

451. Cuando se hubieren dado los pregones en menos tiempo del designado por la ley, deben volverse á dar, y la causa debe restituirse al estado que antes tenia, pues todo lo hecho posteriormente queda viciado por falta de esta principal solemnidad. No asì cuando se han dado en mas tiempo que el señalado á la calidad de los bienes. (b)

452. Cuando por no tener bienes el deudor principal, se trabare la ejecucion en los derechos y acciones que otros le debieren, han de ser estos citados de remate y gozar todos los términos, como el ejecutado, para poder oponerse y probar sus escepciones contra la ejecucion. (c)

453. Algunos escritores de crédito enseñan, què aun despues de vencidos los tres dias que la ley concede al

(a) Elizondo tom. 2.° N.° 7. pag. 35. Cur. Filip. 2. part. §. 18. N.° 6 • L. 3. tit. 27. P. 3.

(b) Cur. Filip. 2 p. §. 18. N ° 7.

(c) Salgado *de reg. protec.* p. 4. cap. 5. N.° 9.

ejecutado para oponerse si la sentencia de remate no se hubiere pronunciado, puede deducir su oposicion, porque cuando la ley señala dia para algun acto, el interesado no se constituye en mora hasta que sea el término vencido y el acto final hecho. (a)

454. Despues de vendidos en almoneda los bienes de menores, ó de otro privilegiado, (b) si se presentase un postor que ofrezca mayor suma con conocida utilidad del menor ó menores interesados á juicio prudente del juez, implorándose el beneficio de restitucion que gozan, se debe admitir la segunda puja y notificarse al rematador, comunicándole traslado de la solicitud, para que si los quisiere tomar por el tanto nuevamente ofrecido, pues tiene este derecho, lo verifique dentro de un breve término, que el juez le señalará, y que regularmente es el de una audiencia; y en caso de no quererlos deben sacarse otra vez á almoneda, y rematarse en el mejor postor. Así lo dispone la ley de Partida. (c)

455. Por conclusion de este capítulo no omitiré la doctrina que, los jurisconsultos españoles mas clàsicos recomiendan como una práctica constante de los tribunales superiores de aquel reino, fundada en la máxima saludable que aconseja evitar el cìrculo vicioso de los pleitos

(a) Acevedo *in leg.* 19. tit. 21. lib. 4. R. n.º 121. Gutier. Prontuario de los juicios cap. 3.

(b) Ojala se proscribiera de nuestros codigos aun el nombre de privilegios, especialmente fiscales y eclesiasticos. El privilegio de los menores no es propiamente privilegio sino favor ó ayuda que la ley concede á la imbecilidad de su edad en precaucion de los pejuicios que por ella puede sufrir.

(c) L. 5. tit. 19. P. 6.

y su dilacion indefinida. (a) Toda vez, dicen, que el juez en resultas de la oposicion del reo ejecutado, y pruebas producidas dentro de los diez dias de la ley, viere que el actor ejecutante no habia entablado rectamente la via ejecutiva, porque segun derecho no le competia, aunque podia haber hecho uso de la via ordinaria justamente, y si por ella hubiese demandado el cobro hubiera obtenido sentencia favorable, debe convertir la via ejecutiva, injustamente empezada ò irritamente proseguida en ordinaria concibiendo su sentencia de manera que absolviendo al reo de la ejecucion, le condene al pago de la cantidad contenida en el instrumento en cuya fuerza se pidió la ejecucion, quedando entretanto embargados los bienes hasta que lo verifique.

456. Lo mismo se ha practicado cuando los tribunales superiores han observado, que el inferior no perfeccionó debidamente la ejecucion porque faltó á alguna de las solemnidades prescriptas por derecho, pero que la deuda es legìtima y probada ; en cuyo caso revocan la sentencia de remate, pero condenan al reo al pago, mandando retener en secuestro los bienes embargados hasta la efectiva solucion. Esta pràctica, sostenida por los tribunales y autores españoles mas notables, se ha observado tambien por los de América, como puedo testificar de la Audiencia de Chuquìsaca, mientras ejercia en ella la profesion de abogado; y aunque en este tribunal de Buenos Aires no recuerdo ejemplar, he oido siempre opinar

---

(a) Covarrubias lib. 2. variar. cap. 11. n.º 3. Diego Perez *in leg.* 4. tit. 8. lib. 3. ordinam. gloss. 1.ª Parlador. lib. 2. *rer. quotid.* cap. fin. 5. p. §. 16. N.º 8. Acevedo *in leg.*. 17. tit. 21. lib. 4. R. Carleval. *de judiciis* tit. 2.º disput. 8. desde el N.º 3. hasta el 8.

conforme à ella á jueces muy respetables, como que está apoyada en ley 10 tít. 17 lib. 4 de las Recopiladas, cuya disposicion es muy notable. "Establecemos (dice "entre otras cosas) asì en los pleitos civiles como cri- "minales, así en primera instancia, como en segunda ô "tercera......que si desfallecen las otras solemnidades "y sustancias de la órden de los juicios, que los derechos "mandan ô alguna de ellas, conteniendose todavia en la "demanda la cosa que el demandador entendia deman- "dar, ó el acusado pedir, seyendo hallada y probada la "verdad del fecho por el proceso en cualquiera de las "instancias que se viere, sobre que se pueda dar cierta "sentencia, que los jueces que conocieren de los pleitos "y los hubieren de librar, los determinen y juzguen se- "gun la verdad que hallaren probada en los tales plei- "tos."

Capítulo III.

FORMA DE PROCEDER CUANDO UN TERCER OPOSITOR VIENE AL JUICIO EJECUTIVO.

457. Hemos tratado hasta aquì de la forma del juicio ejecutivo, cuando no es turbado por el interes de un tercero que alegando su propio derecho sale á interrumpirle. Tratarémos ahora de este caso muy frecuente en el foro, cuando un tercer opositor ocurre al juicio ejecutivo, ó pretendiendo dominio en los bienes ejecutados, ó prelacion en su crédito contra el deudor para ser pagado con preferencia al ejecutante. Para que los jóvenes practicantes formen una breve, pero clara idea de esta materia, conviene anticipar la division que hacen los jurisperitos de terceros opositores en tres clases principales; à saber, la de los que vienen al pleito á coadyuvar el derecho del reo, y la de aquellos que salen á escluir á uno y otro, y lejos de auxiliar los intereses de otros traen el intento de destruirlos y de sostener el suyo propio. Los terceros opositores de las dos primeras clases se llaman coadyuvantes; los de la tercera se llaman escluyentes. Hacen los autores otras subdivisiones mas prolijas que pueden verse en el conde de la Cañada. (a) Baste saber que por regla de derecho práctico, los terceros opositores coadyuvantes deben recibir la causa en el estado en que se halla al tiempo de su oposicion, (*) la cual no es justo que suspenda el estado que tuviere entre los principales litigantes; pero los esclu-

(a) Cañada p. 2. cap. 8. y 9.
(*) L. 15 tit. 10 lib. 2 R. C.

yentes deben ser admitidos á tratar la causa desde el principio como si por otros no hubiese sido comenzada. (*)

458. Hablamos aquí de los terceros escluyentes: estos ó vienen oponiendose al embargo y ejecucion de los bienes por razon de dominio ó por derecho preferente á ellos nacido de alguna obligacion personal, ò hipotecaria, como la muger por su dote, ó el acreedor por su crèdito. Unos y otros deben ser admitidos en cualquier estado del juicio, aun despues de pronunciada la sentencia de remate, como sea antes de pagado el crédito del ejecutante, como uniformemente sientan los autores; (a) pero con esta diferencia que si el tercer opositor viniere ofreciendo acréditar incontinenti dominio en los bienes ejecutados, y lo acreditáre por instrumento, ó por informacion sumaria de lós testigos, debe alzarse el embargo llanamente y sin mas tràmite entregándose los bienes á su dueño y mejorándose la ejecucion en otros bienes propios del deudor, segun disposicion de la ley de Partida. (b) Mas si el tercer opositor por ser acreedor personal ó hipotecario pretendiere prelacion al pago de la deuda, se suspende el juicio ejecutivo: se le oye y substancia la oposicion en via ordinaria, dándose tambien audiencia al deudor ejecutado, y se resuelve sobre la preferencia del crédito, para continuar despues la via ejecutiva.

459. Si los opositores fueren dos ò mas, debe observarse la forma y reglas del juicio general de concurso de acreedores, segun lo diremos seguidamente.

(*) Cur. Filip. 2.ª pat. § 26 N.° 15. Feb. tom. 5 pag. 181 N.° 6.
(a) Parlador. lib. 2. *rerum quotid.* cap. fin. 5. p. §. 10 N.° 24. Cur. Filip. 2. p. §. 26. N.° 4. Carleval. *de judiciis* disput. 12. tit. 3.
(b) L. 6. vers. é si. valiese mènos tit. 27. P. 3.

460. Nótese lo primero, que aunque el tercer opositor que solicita ser preferido en el pago no muestre incontinenti sus derechos, debe ser admitido y oido en juicio ordinario como se registra en la ley de la Recopilacion Castellana. (a)

461. Lo segundo, que todo lo dicho en cuanto á suspenderse la ejecucion por la oposicion de tercero, se entiende, cuando el deudor no tiene bienes suficientes para el pago de uno y otro acreedor, porque si es solvente puede y debe el tercer opositor repetir contra otros bienes.

462. Lo tercero que si la oposicion es manifiestamente calumniosa è introducida solo con el fin de retardar la ejecucion, ni debe suspenderse esta, ni admitirse aquella, porque falta la razon de la ley, segun doctrina uniforme de todos los doctores. (*)

463. Lo cuarto, que si el primer ejecutante conviniere en la venta de los bienes embargados, para que de su precio sea pagado el que fuere de mejor derecho, se prosigue la ejecucion, porque el acto de la venta de los bienes es útil á todos, sin perjuicio de tratarse sobre la prelacion en via ordinaria. (b)

(a) L. 41. tit. 4. lib. 3. R.
(*) Cur. Filip. 2.ª part. § 26 N.° 5.
(b) Carleval. *de judiciis* disput. 12. tit. 3. N.° 17

Capítulo IV.

JUICIO DE ESPERAS Y QUITAS.

464. El deudor que por infortunios en sus negocios no tiene como pagar sus deudas, tiene dos remedios en el derecho pará evitar las molestias de sus acreedores. El primero es el de solicitar esperas ó quitas, y el segundo el de ceder sus bienes. El remedio de las esperas es concedido por la ley 5 tit. 15 de la Partida 5. Pueden solicitarse las esperas de dos modos: el primero es tratando el deudor con sus acreedores estrajudicialmente á efecto de que se las concedan por cinco años, (llamanse por esto comunmente quinquenales) ó por mas ó ménos tiempo; y si en virtud de esta diligencia obtiene la concesion de la mayor parte ó igual en cantidad de deudas, se presenta al juez ordinario con el documento que la acredite, y con los instrumentos ó recaudos que justifiquen los créditos, pidiendo que compela y aprémie à los demas à pasar por ella. El juez comunica traslado de esta solicitud á los demas acreedores y con lo que contestaren se sigue un juicio ordinario hasta sentencia definitiva. (a)

465. El segundo modo de solicitar las esperas es presentarse el deudor al juez ordinario con una razon del monto de sus deudas y de sus acreedores, esponiendo la imposibilidad de satisfacerles por los infortunios que ha sufrido, y pidiendo se les mande juntarse en dia y

(a) L 5. tit. 15. P. 5. y L. 7. tit 19. lib. 5. R.

hora señalados con los documentos justificativos de sus créditos, prévia citacion de presentes y ausentes para que deliberen sobre las esperas que pretende. El juez manda citar á los acreedores señalándoles dia y hora para la junta, y ordenando exhiban en ella las escrituras y documentos de sus créditos. Verificada la reunion y tratado el negocio, si resultare que la mayor parte en cantidad de deudas, ó igual parte en cantidad de deudas y en número de personas otorgare las esperas, pone el deudor demanda á los demas acreedores reunentes, acompañando la acta ó escritura que se hubiere estendido, y pide se les obligue á pasar por ellas. De este pedimento se les da traslado: se sigue la causa por via ordinaria: se recibe á prueba y se sentencia definitivamente.

466. Es de observarse, que la mayor parte se entiende en *cantidad de deudas*, para obligar á la menor á pasar por las esperas, porque esta es la literal disposicion de la citada ley 5 tít. 15 de la Partida 5. *E aquellos dijimos, que se debe entender, que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos.* Pero en igualdad de deudas, y desigualdad de personas, debe estarse á lo que acordase la mayoria de personas, porque así se esplica la ley: *E si por aventura fuesen eguales en los debdos, é desiguales en las personas, aquello que quisiese la parte dó fuesen mas personas, eso debe valer.* El texto es demasiado claro para ilustrar la confusion y ambigüedad que ofrecen las doctrinas del autor de la Curia Filipica 2 p. §. 24. N. 3, y el Dr. Gutierrez en su prontuario cap. 4 juicio de esperas. (*)

467. Es de observarse lo segundo, que por el derecho antiguo comun la espera no podia pasar de cinco

(*) Cual sea *la mayor parte* en juicios de comercio vease el cap. 17 art. 20 de las Ordenanzas.

años; pero por el de España, que hasta el dia nos rige, puede ser de mas ó menos tiempo segun se concediere por los acreedores. (*)

468. Tercero; que no induce la obligacion de dar fianzas de pagar al plazo señalado, porque la ley no las exige: (a) á no ser el deudor comerciante ó mercader, en cuyo caso ante los tribunales de comercio la espera no debe pasar de cinco años, y el deudor es obligado à dar fianza de pagar al plazo segun ley Recopilada. (b)

469. Asì como el deudor puede pedir esperas à sus acreedores antes de hacer cesion de bienes, puede tambien pedir que le quiten parte de la deuda en los mismos tèrminos, forma y circunstancias que hemos esplicado para la solicitud de esperas, como lo dispone la ley 6 tit. 15 de la Partida 5 con que concuerda la ley Recopilada (c). Asì es que los demas acreedores tienen que pasar por la quita hecha por la mayoria, rata por cantidad; pero no puede quitarse toda la deuda. No perjudica la espera ó quita hecha por consanguineo del deudor, ò por otro acreedor sospechoso; ni perjudica al acreedor que tiene hipoteca especial ó general en los bienes del deudor. (†)

470. Las Audiencias de América tenian por la ley de Indias (d) la facultad de conceder esperas por seis meses, y no habiendo sido derogada por nuestras leyes pátrias, está vigente en el tribunal de la Cámara de Buenos Aires, con calidad de no poder concederlas en general, sinó à per-

(*) L. 5. tit. 15. p. 5. Cur. Filip. 2.ª part. § 24. n.º 4.
(a) L. 5. tit. 15 P. 5. *ubi* Gregorio Lopez *glos*. 4.
(b) L. 5. tit. 19. lib. 5. R.
(c) L. 7 tit. 19. lib. 5. R.
(†) L. 6. tit. 15 p. 5. Art. 20. cap. 17. de las Ordenanzas.
(d) L. 95. tit. 15. lib. 2. R. I.

sonas particulares, constando primero, que los deudores no pueden pagar por causas legitimas que les han sobrevenido, precediendo fianzas legas, llanas y abonadas de pagar al vencimiento de los seis meses, y no pudiendo prorogarse, ni concederse nueva espera por una misma deuda.

Capítulo V.

DE LA CESION DE BIENES.

471. Cuando el deudor no ha obtenido las esperas ó quitas de sus acreedores y no tiene otro medio de evitar las molestias que teme le causen en diversas ejecuciones, puede usar del de la *cesion de bienes* que le conceden las leyes 1 y 3 tit. 15 de la Partida 5, y á las cuales es referente todo el tit. 16 lib. 5 de las Recopiladas de Castilla.

472. El deudor, para hacer la cesion de sus bienes, ha de hallarse preso á solicitud de alguno de sus acreedores, ó presentarse voluntariamente à la prision á disposicion del juez ante quien hace la cesion. (*) Debe hacerla dentro de seis meses de la prision, porque vencido este término, aunque no la haga, la ley la dá por hecha *ipso jure*. (a)

473. La forma de introducir y seguir la instancia de cesion de bienes es la siguiente. Se presenta el deudor por sí ó por medio de su personero ante juez competente, (b) que lo es el de primera instancia en el fuero ordinario, ò el consulado entre comerciantes, acompañando á su pedimento dos razones ó memoriales firmados de su puño, el uno de sus bienes y el otro de sus acreedores con especificacion de las cantidades que les debe, afirmando bajo de juramento, no tener otros, ni quedarle mas bienes que los manifestados: espone en el

(*) Cur. Filip. 2.ª p. § 25. n.° 9.

(a) L. 7. tit. 16. lib. 5. R.

(b) L. 1.ª tit. 15. P. 5. y, LL. 5. 6, y 7, tit. 16. lib. 5. R.

pedimento las molestias de los acreedores y las desgracias que ha sufrido y le han puesto en estado de no poder pagarles: dimite en consecuencia y les cede todos sus bienes pidiendo que sean citados al concurso á que desde luego provoca, los ciertos en persona y los inciertos ó no conocidos por edictos para que concurran à ser satisfechos segun la prelacion, prerogativa ò privilegio que cada uno gozare. (*) Si no estuviere ya preso debe poner un *otro sí*, presentandose preso voluntariamente.

474. Hecha en esta forma la cesion de bienes, manda el juez dar traslado de ella á los acreedores citandolos en sus personas y fijando tres edictos en nueve dias, cada tres dias uno, para que los inciertos y no conocidos comparezcan á usar de su derecho, bajo de apercibimiento, que de no hacerlo les pararà el perjuicio que hubiere lugar. (a) Aquí en Buenos Aires es ya de costumbre publicar los edictos en los diarios mas acreditados, á mas de fijarse en los lugares de estilo. A consecuencia de esta citacion y llamamiento, ocurren los acreedores á justificar sus créditos y pretender la prelacion en el pago, y el juez mandando poner en depòsito los bienes cedidos para su venta y distribucion en tiempo, sigue la causa de concurso general por via ordinaria recibièndola á prueba y sentenciándola definitivamente en la forma que diremos en el capìtulo siguiente.

475. Para mejor inteligencia de esta materia deben tenerse en consideracion varias disposiciones de derecho concernientes al *desamparamiento* ó cesion de bienes. Es la primera que ella produce à favor del deudor el

(*) L. 5. tit. 16. lib. 5. R. C. Cur. Filip. 2. p. §. 25. N.° 9 y 15.
(a) L. 5. tit. 16 lib. 5. R.

positivo efecto de no poder ser emplazado ni reconvenido en juicio por sus acreedores en adelante, pues puede oponerla por escepcion: á no ser que llegase despues á mejor fortuna, en cuyo caso es obligado à pagar sus deudas, pero no en mas de lo que puede, sinó quedándole lo necesario para sus alimentos, como lo prescribe la ley de Partida. (a)

476. Segunda: que no estàn en uso, como duras, las leyes 4, 5, 6 y 8 tit. 16 lib. 5 de las Recopiladas en cuanto disponen que el deudor sea entregado á sus acree• dores, por su órden, para que les pague con su oficio, ó con su servicio, trayendo una argolla al cuello.

477. Tercera: que el deudor que oculta ó enajena sus bienes en fraude de sus acreedores, no puede hacer cesion de bienes, ni puede hacerla, si los enagenó ú ocultó despues de haber sido preso; à no ser que se obligue dando seguridad de recuperarlos y ponerlos á disposicion de los acreedores. (b)

478. Cuarta: que por la cesion de bienes no se libran los fiadores del deudor (c) como se libran en el caso de haber obtenido esperas. (*)

479. Quinta: que los eclesiàsticos tienen el privilegio de no deber ser presos por deudas, y asì no se practica entre ellos la cesion de bienes, siendo solamente obligados à prestar caucion juratoria de pagar, en llegando à mejor fortuna. (d)

(a) L. 3. tit 15. P. 5.
(b) L. 4. tit. 15. P. 5.
(c) L. 3. tit. 15. P. 5.
(*) Febrero tom. 5. pag. 327. n.° 3.
(d) *Caput Oduardus de solut.* Paz en su práctica 3. p. tom. 2 cap. unic. n.° 4.

Capítulo VI.

DEL JUICIO DE CONCURSO GENERAL DE ACREEDORES.

480. Se llama impropiamente còncurso de acreedores la concurrencia de estos convocada estrajudicialmente por el deudor, ò judicialmente por el juez para tratar de las esperas ò rebajas que aquel solicita, y la instancia en esta razon seguida, de que hablamos ya en el capitulo cuarto. Suele tambien llamarse concurso cuando al juicio ejecutivo, promovido por algun acreedor contra su deudor, sale un tercer opositor contradiciendo la ejecucion y alegando la legitimidad y preferencia de su crédito, de cuyo caso tratamos en el capitulo tercero. Mas este tampoco puede llamarse con propiedad concurso, sinò ocurrencia de acreedores.

481. El verdadero concurso y pleito general do acreedores reconoce su origen en el mismo deudor, y es unas veces voluntario, cuando este hace cesion y dimision de sus bienes en manos de la justicia para que con ellos sean pagadas sus deudas segun el órden, privilegio ó prelacion que por derecho corresponda. Otras veces ès necesario, cuando se forma por fuga ò quiebra del deudor, ò por su muerte sin herederos, ò cuando los herederos no han aceptado la herencia. Deben comparecer tres acreedores, al menos para que se tenga por formado el concurso general; (a) y una vez formado legitimamente llama y avoca todas las causas pendientes ante otros juzgados; de suerte que aun cuando un acreedor hubiese

(a) Salgad. Lab. credit. p. cap. 1.° n.° 41. Elizondo. tom. 4. pag. 46 n.° 4.

obtenido sentencia favorable ante otro juez, debe venir al concurso para que en él se gradue su crédito, porque es un juicio universal que abraza todos los bienes del deudor y todos los derechos de los acreedores. (a)

482. Desde que se admite la cesion de bienes del deudor y es formado solemnemente el concurso, queda aquel como muerto sin voluntad, ò voluntad: sus contratos posteriores son insanablemente nulos: padecen igual vicio las confesiones ulteriores que haga de otros dèbitos fuera de los incluidos en la relacion de acreedores, porque no está en su arbitrio perjudicar à los legítimos, ni contraer deudas supervenientes. (b)

483. El juicio de concurso se sustancia en la forma siguiente. Luego que han comparecido tres ó cuatro ó mas acreedores, y sin perjuicio de citar á los ausentes, ò no conocidos por edictos, como se ha dicho en el capitulo anterior, piden que se inventarien los bienes concursados, se nombre administrador en que se depositen para que los conserven perciba sus frutos, y haga pagos con decreto judicial. Cuando el concurso se ha formado por fuga ò quiebra del deudor, ó por su muerte sin que los herederos hayan querido aceptar la herencia, piden los acreedores se nombre defensor á los bienes. El juez asì lo dispone nombrando sindico ò administrador de los bienes: nombrando tambien en su caso defensor para que con èl se actuen todas las diligencias del concurso; mandando practicar los inventarios, hacer el depósito, balancear los créditos activos y pasivos y demas que concierna á la seguridad, conservacion, y arreglo de

(a) Salgado p. 1.ª cap. 4. *Per totum.*

(b) Salgad. Labyr. p. 3. cap. 13. n.° 18. Elizondo tom. 4. pag. 49. n.° 6.

los bienes. Si manda hacer el justiprecio de ellos y sacar al pregon hasta hacer su venta en almoneda pública en forma legal, sinó es que convenga vender todos ó parte de ellos á cargo del administrador á los precios de su tasacion como algunas veces se practica.

484. Despues de haberse hecho estas diligencias el juez oye á los acreedores por su órden, y tambien al defensor cuando le hubiere en órden á legitimidad y prelacion de sus créditos, debiendo aquellos alegar una y otra calidad y tambien impugnar los créditos que no sean legitimos, porque es del interes de todos escluir los pagos indebidos. Corridos los respectivos traslados por la via ordinaria se recibe la causa á prueba; en cuya estacion se produce toda la que es necesaria para acreditar la verdad y preferencia de los créditos: se hace publicacion de probanzas: se alega de bien probado y se sentencia la causa definitivamente declarando los créditos que son legítimos y el órden y graduacion con que deben hacerse los pagos; por lo cual la sentencia en estos juicios se llama comunmente de grados y preferidos. (a)

485. Siendo el pleito de acreedores de su naturaleza ordinario, puede apelar de la sentencia el que se sintiere agraviado, y en tal caso interpuesta la apelacion por alguno de los acreedores, se suspende en cuanto á todos la sentencia de grados; (b) pero la que recayere en grado de apelacion dada por juez ó tribunal superior, se debe ejecutar sin embargo de súplica, con la calidad de que los acreedores den fianza depositaria de devolver lo

(a) Salgad Labyr p. 1.ª cap. 16. n.° 41. Elizondo, tom. 1.° pag. 120. n.° 4.

(b) Salgad. Labyr p. 1.ª cap. 16 n.° 64 y 65.

que en su virtud percibieren, si se revocare en revista, (a) segun espresa disposicion de la ley.

486. Cuando concurre un acreedor condicional ó *in diem* cuya condicion ó plazo no se ha cumplido, aunque su crédito tenga privilegio ó hipoteca anterior, con otro de plazo cumplido y de accion espedita, aunque su privilegio ó hipoteca sea posterior y este es preferido en el pago, debe ser bajo de fianza de acreedor de mejor derecho (b) para asegurar el cobro del primero, que de otro modo quedaria espuesto á no ser pagado. Y así, llegado el caso de verificarse la condicion ò de cumplirse el plazo tiene derecho de intentar la accion revocatoria pidiendo se obligue al acreedor de grado posterior que fué pagado bajo de fianza, que de la cantidad recibida le satisfaga su crédito. Se da traslado de esta solicitud al acreedor posterior: este contesta y pide que sean citados y oidos los acreedores posteriormente graduados, para que en caso de revocarse el pago y perjudicarle la sentencia, perjudique à todos los posteriores, de modo que venga à sentir el perjuicio el ùltimo acreedor. (c)

487. Como en este prontuario nos hemos propuesto tratar solamente del òrden y forma de los juicios, seria fuera de nuestro intento entrar en la prolija materia de prelacion de créditos, y clasificacion de acreedores. Consúltese à los autores que han tratado esta materia. (d)

(a) L. 12. tit. 16. lib. 5. . C.
(b) Salgad. Labyr. p. 1.ª cap. 8. n.° 52.
(c) Salgad. Labyr. p. 3. cap. 14. *per totum*.
(d) Salgad. Labyr. p. 1. cap. I. Cur. Filip. comer. terrestre. lib. 2.° cap. 12. Elizondo. tom. 1. pag. 118. n.° 5. y siguientes.

TRATADO 3.º

DE ALGUNOS JUICIOS PARTICULARES Y DILIGENCIAS QUE SE PROMUEVEN MAS FRECUENTEMENTE EN EL FORO.

Capítulo I.

JUICIO DE CUENTAS.

488. Ante todas cosas debe sentarse el principio jurídico de que el administrador de bienes ó negocios agenos, ó en que otro tiene interes ó parte, es obligado á darles cuenta segun derecho: (a) y así como el señor de los bienes ó negocios que otro administra puede compelerle á rendir cuentas, tambien el administrador puede compeler al señor á recibirlas, porque la obligacion es recíproca.

489. El lugar donde han sido administrados los bienes, es donde debe darse y recibirse la cuenta de la administracion: (b) porque en él se hallarán mas facilmente los instrumentos y recaudos con que puede comprobarse.

490. Puede pedirse que el obligado á dar cuentas las rinda, y se le condene al alcance que resultare, liquidándose esta en el proceso de la causa: y tambien puede pedirse que rinda cuenta con pago de alguna administracion que tuvo á su cargo, cuando consta de la

(a) LL. 26, 27, y 31. tit. 12. P. 5. L 18. tit. 5. y L. 5. tit. 14. lib. 9. R. C.

(b) L. 32. tit. 2. P. 3. *Vers. la catorcena.*

obligacion que tiene de darla y del alcance resultivo. (a)

491. Siendo sospechoso de fuga el obligado á dar cuentas de alguna administracion, y constando por sumaria informacion así el temor de la fuga ó ausencia, como la obligacion de darlas, debe ser preso entretanto las rinde y paga el alcance, y aun se le deben secuestrar los bienes si no da la fianza de estar á derecho; pero si durante el juicio resultare por la liquidacion practicada por los contadores, ó por conformidad de un contador y el tercero, no deber alcance alguno, ha de ser suelto sin fianza alguna. (b)

492. El que es obligado á dar cuenta debe darla verdadera, cierta, y leal sin fraude alguno, jurando el cargo y descargo que en ella se hace, y por lo mismo debe presentar ante el juez los libros de su administracion asì el de caja, como el manual y borrador y los demas documentos y papeles que fueren concernientes à ella, segun disponen los leyes de Partida y de la Recopilacion. (c) Así el tutor ó curador debe dar sus cuentas exhibiendo el inventario de los libros al menos, y el libro ó cuaderno donde llevaba razon de los frutos, y menoscabos de la hacienda pupilar, y justificando sus descargos con documentos ú otras pruebas, aunque el testador en su testamento le relevase de ellas. (d)

493. Sentados los anteriores principios que rigen en

(a) Cur. Filip. lib. 2. comer. terrestre cap. 9. n.º 19. y 20.

(b) Scob. *de ratio*. cap. 4. n.º 20. Cur. Filip. lug. citat.. n.º 22.

(c) L. 17. tit. 2. P. 3. y L. 10. tit. 18. lib. 5. R. (*) Respecto à los comerciantes vease al cap. 9. art. 12 de las Ordenanzas y la R. C. de 16 de Septiembre de 1741. Sobre ella habla Elizondo. tom. 3 pag. 14 n.º 10

(d) Scob. *de ratio*. cap. 2, 3. y 4. Covarr. lib. 2.º var. cap. 14. n.º 4.

la materia de cuentas, el juicio se entabla y prosigue en la forma siguiente. El dueño de los bienes ò el que se considera con derecho à pedir las cuentas, se presenta con el inventarío ó con el instrumento público ó privado que acredite su derecho para pedirlas, y la obligacion del demandado à rendirlas, esponiendo sencillamente el hecho y caso, nombrando por su parte un contador, pidiendo que se mande al contrario nombrarle por la suya dentro de tercer dia, bajo de apercibimiento, que en su rebeldia se le nombrará de oficio para que ambos formen la cuenta con vista y exàmen de los libros, papeles y recaudos que debe exhibir; y que se le condene à su tiempo al alcance que de ella resultare. El juez provee, como se pide, habiendo por nombrado el contador, mandando que el contrario le nombre por su parte dentro de tercero dia bajo de apercibimiento, y reservàndose nombar tercero en discordia para el caso de haberla.

494. Siempre que conste que aquel à quien se pide cuenta administrò bienes ó intereses del que las pide, el auto ó decreto en que se manda rendirlas debe ejecutarse sin embargo de apelacion. (a)

495. Notificado à las partes el auto dicho y nombrados los contadores, han de jurar estos el cargo, prometiendo formar las cuentas fielmente y no recibir dádiva ni salario de las partes hasta que le sea tasado despues de hechas, como está dispuesto por la ley Recopilada; (b) tengase presente esta disposicion legal para contener los ecsesos de los que en Buenos Ayres se han dedicado al oficio de contadores, y se regulan à su arbi-

(a) Cur. Filip. lib. 2. comer. terrestre cap. 9. n.° 21.
(b) L. 51. tit. 5. lib. 2. R.

trio salarios escandalosos, especialmente en cuentas de testamentarias.

496. No pueden ser recusados los contadores nombrados por las partes de comun consentimiento, sinó por causa sabida ó nacida despues del nombramiento; peró cada parte puede recusar con causa al nombrado por la otra ò por el juez. (a)

497. Aceptado el cargo por los contadores, en la forma dicha, proceden á levantar la cuenta, cuidando de no mezclarse en determinar artículo que consista en derecho, ni en tasacion de frutos ni intereses, cuya decision corresponde al juez, sinó solamente en lo que consista en pericia de persona ó arte; (b) y concluida la presentan al juzgado que da traslado de ella â las partes para que ecsaminada, ò la aprueben ó la adicionen. Si se conforman en su aprobacion, el juez de consentimiento de ambas, las aprueba tambien y manda que el administrador dentro de nueve dias, ó dentro del breve tèrmino que le señalare, pague el alcance que de ella resulta, bajo de apercibimiento de ejecucion, porque el auto ò sentencia de aprobacion de cuentas, à consecuencia de consentimiento de partes, es ejecutivo sin embargo de apelacion. (*)

498. Pero si la cuenta fuere adicionada se da traslado à la otra parte, y sigue la causa por la via ordinaria hasta sentencia definitiva, de la cual tiene lugar la apelacion en ambos efectos, á no ser que la sentencia confirme aquello en que los contadores estuvieren conformes; en cuyo caso debe ejecutarse no obstante la ape-

(a) L. 31. tit. 4. P. 3. y L. 17. tit. 23. P. 3.
(b) L. 50. tit. 5. lib. 2. R.
(*) L. 24. tit. 21. lib. 4. R.

lacion, dando fianza la parte à cuyo favor fuere, de devolver lo que recibiere con sus frutos y rentas si fuere revocada por el superior, segun lo dispone la ley Recopilada. (a)

499. Por conclusion del juicio de cuentas es digno de notarse, que los contadores, despues de aceptado el cargo, tienen obligacion de formar las cuentas, y en caso de negligencia de pagar los intereses à la parte damnificada, no menos que el tercero en discordia, (b) y pueden ser apremiados por el juez á pedimento de parte, con encierro en una casa por cárcel, y con denegacion de alimentos hasta que las haga; (c) y son tambien responsables por el dolo, engaño, ò falsedad que cometieren segun la ley de Partida. (d)

500. El finiquito es la liberacion que recae sobre el fenecimiento de las cuentas que obtiene el administrador despues de haberlas rendido y satisfecho el alcance. Su efecto es ponerle á cubierto en lo sucesivo de toda demanda por razon de la administracion que tuvo â su cargo. Vease la ley 14 tit. 18 P. 3.

(a) L. 24. tit. 21. lib. 4. R.
(b) Scob. *de ratiot.* cap. 8. n.° 6.
(c) L. 29. tit. 4. P. 3.
(d) L. 8. tit. 7. P: 7.

Capítulo II.

DENUNCIA DE NUEVA OBRA.

501. El juicio que corresponde en virtud de denuncia de nueva obra está reglado por las leyes de Partida desde la primera hasta la nona título 32 de la Partida 3. Ellas esplican que se entiende por *labor nueva* en el derecho, como puede vedarse, y que efectos produce la denuncia y vedamiento.

502. Toda obra ó nuevo edificio que se hace desde los cimientos, ò que se comienza sobre muros ó cimientos antiguos, no menos que la demolicion de estos en parte, ò en todo, de manera que mude la forma que antes tenian, puede dañar y ser perjudicial á otro, bien porque la labor se haga en su terreno, ò porque estorbe la servidumbre que gozaba, ó porque le imponga alguna que antes no reconocia, y en tal caso tiene el derecho de denunciarla ante juez competente, à efecto de que se suspenda su continuacion hasta que examinado el negocio, se declare el que tiene para estorbar la nueva labor. Hemos dicho que debe denunciarse ante juez competente, porque aunque por derecho antiguo se podia denunciar verbalmente *per jactum lapidis*, ò por medio del judgador como previene la ley de Partida, (a) hoy solo se practica la denuncia y vedamiento judicial que se hace en la forma siguiente.

503. El que se considera perjudicado con la nueva

(a) L. 1.ª tit. 32. P. 3.

obra se presenta con un pedimento al juez, en el cual refiere el hecho, esponiendo quien hace la labor nueva, donde se hace y que perjuicio le infiere; y concluyo pidiendo que habida por denunciada se notifique al dueño de ella y al alarife ó maestro que la construya, suspendan su continuacion bajo de apercibimiento de demolicion, y jurando que no procede à este vedamiento de malicia sinó porque cree tener justicia. A esta solicitud provee el juez habiendo por denunciada la nueva obra y mandando se notifique su suspension como se pide.

504. Este decreto se resuelve en citacion luego que comparece el denunciado á quien se oye y se sigue el juicio en la forma ordinaria. Pero el vedamiento hecho á virtud de la denuncia produce el efecto de que el dueño del nuevo edificio suspenda su continuacion bajo la pena de demolerse á su costa lo que despues edificare, tenga ó nò tenga justicia, como se esplica la ley. (a) Sin embargo, como una suspension semejante por tiempo indefinido podia irrogar al denunciado daños irreparables, próbida la ley ha ocurrido á precaverlas disponiendo que si á los tres meses no se hubiere determinado el pleito, puede pedir y el juez otorgarle facultad de continuar la obra bajo de fianza lega, llana y abonada de demolerla à su costa siempre que se declarare no tener derecho para hacerla. (b)

505. La providencia en que se ha por denunciada la obra nueva, y se manda suspender mientras se resuelve sobre el derecho de las partes, es inapelable en el efecto suspensivo porque seria nugatorio el intento que

(a) L. 8 tit. 32 P. 3.
(b) L. 9 tit. 32 P. 3.

la ley se propone de evitar inmediatamente el daño si pudiera frustrarse por la apelacion y continuar la obra que se presume causarle. Por esta razon, y siguiendo este mismo espìritu, enseñan los juristas que puede hacerse la denuncia en dia feriado, cuando el perjuicio consiste en la dilacion. (a)

(a) Salgad. de *reg. protec.* p. 2 cap. 8. Elizondo tom. 1.° pag 61 n.° 2.

Capítulo XII.

JUICIO DE RETRACTO.

506. La accion de retracto se ejercita frecuentemente en el foro, y por esta razon hablaremos de ella con alguna detencion para evitar los abusos que hemos observado en el modo de promoverla y continuarla.

507. El retracto en general puede describirse una accion ó remedio que por sancion de la ley, por estatuto, costumbre ô pacto compete á alguno para retraer para sí la cosa vendida á otro, consignando el mismo precio dentro del tèrmino establecido.

508. El retracto es legal, ó convencional. Es retracto legal el gentilicio ó de sangre, que el derecho concede al pariente mas propincuo dentro del cuarto grado para redimir los bienes raices de patrimonio, ò abolengo, vendidos à otro. (a) Es tambien retracto legal el que corresponde al señor directo por el enfiteusis, ó por la superficie al superficiario, y al compañero por las cosas de compañia, ó que se conservan en comunion. (b)

509. El retracto convencional es aquel que se pacta entre el vendedor y el comprador. Es de esta naturaleza el que proviene de la venta hecha con pacto *de retrovendendo*, esto es, de restituir el comprador al vendedor la cosa comprada, en devolviendole este el precio.

(a) L. 7 tit. 11 lib. 5 R.
(b) L. 13. *eodem*.

510. En cuanto al retracto de sangre ó gentilicio se observan las disposiciones y reglas siguientes. El pariente mas pròximo tiene derecho á retraer los bienes patrimoniales ó de abolengo dentro de los nueve dias de hecha la venta, consignando dentro de este tèrmino su precio, y jurando que los quiere para sí y no para otra persona. (a)

511. Siendo este derecho odioso y exorbitanté, los nueve dias que la ley concede corren contra menores y ausentes sin restitucion, (b) y aun contra los ignorantes, á no ser que la ignorancia proceda de dolo ó culpa del comprador y vendedor. (c)

512. Cuando concurren á retraer la cosa vendida el hermano y el hijo del vendedor, el hijo es preferido; y cuando el pariente mas cercano no la quiere ò no la puede sacar, puede retraerla el siguiente sucesivamente hasta el cuarto grado. (d)

513. Tiene lugar el retracto de las cosas que se vendieren en almoneda, como de las que se venden estrajudicialmente y corren los nueve dias desde el del remate; debiendo pagar el retraente las costas y derechos que hubiere pagado el comprador. (e)

514. Si muchas cosas de patrimonio ò de abolengo fueren vendidas por un solo precio, el pariente mas cercano no puede retraer la una sin las otras, sinó todas

---

(a) L. 7 citada.
(b) L. 8 tit *eodem*.
(c) Matienzo á la 8 citada *glos*. 12 n.° 18.
(d) LL. 8 y 12 tit. 81 lib. 5 R.
(e) L. 9 del mismo título.

juntas; pero si se vendieron por diversos precios, puede retraer las que quisiere con las mismas formalidades antes esplicadas. (a)

515. Cuando los bienes de patrimonio ó abolengo se vendieren al fiado, puede el pariente mas pròximo sacarlos por el tanto del mismo modo fiados, dando fianzas á satisfaccion del juez de pagar su valor al plazo estipulado con el comprador. (b)

516. Es calidad exijida por la ley, que solo tiene lugar el retracto de los bienes heredados por el vendedor; pero no cuando el vendedor los adquiriò por contrato entre vivos; porque fundándose el derecho de retraer en la mayor afeccion á los bienes, que poseyeron los padres ó abuelos, si estos mismos no les tuvieron afecto para conservarlos y los enagenaron en su vida, se presume que sus descendientes tampoco les tienen para redimirlos. (c) De suerte que si el padre mientras vivia enajenó una cosa que habia adquirida por contrato, su hijo no puede retraerla; pero si la dejó entre sus bienes y le cupo à alguno de sus herederos por legìtima, mejora ú otro titulo, puede el hermano ó el pariente mas propincuo redimirla; porque entonces es de patrimonio.

517. Si muchos consanguineos en igual grado intentaren el remedio de retracto, á todos compete recíprocamente y los bienes deben dividirse entre ellos: pero, si son indivisibles, es preferido el que mas diere; (*) y

(a) L. 10 tit. id.
(b) L. 11 tit. id.
(c) L. 15 tit *eodem*.
(*) L 7 tit. 11 lib. 5. R. Sala *apendix de retract. ad Vinn.* n.° 8, y Acevedo *in dicta lege* 7 n.° 50 y siguientes.

ha sucedido en este tribunal de Justicia de Buenos Aires el caso práctico de haber intentado dos hermanos el retracto de una casa fincada por muerte de sus padres, consignando su precio: y como la cosa era indivisible, los retraentes en igual grado de consaguinidad, y ninguno habia ofrecido mas por ella, fué preferido el hermano mayor.

518. Puede retraer los bienes de patrimonio ó abolengo el hijo ô descendiente natural, porque en toda disposicion legal que se funda en el derecho natural de sangre y equidad se comprende al hijo natural, y entonces bajo los nombres de padres ó de hijos se entienden no solamente los legìtimos y naturales, sinó tambien los solos naturales. (a)

519. El hijo ò descendiente desheredado puede sin embargo retraer; porque aunque en fuerza de la desheredacion pierde todos los derechos de sucesion, pero no se le pueden quitar los derechos primordiales de sangre. (b) Puede tambien retraer el pariente mas cercano la cosa vendida al mas remoto, porque en él se hallan reunidos derechos mas fuertes y eficaces, y porque el vendedor no puede privarle de los que le conceden las leyes del retracto.

520. Pero no puede retraer el hijo espurio, que no puede decirse consanguineo cierto, ni llamarse de la familia y estirpe de los padres ó ascendientes. (c) Tampoco tiene lugar à retraer la cosa vendida el consan-

---

(a) Gomez *in leg. 70. Tauri* n.º 4

(b) Gomez lug. cit. n.º 5.

(c) Gomez lug. cit. n.º 4.

guineo que prestó su consentimiento espreso para la venta; (a) pero puede retraerla el que presente á la venta, ni consintió, ni contradijo, porque la taciturnidad no induce renuncia de su derecho, y nada haria con espresar su voluntad de redimir la cosa vendida sin consignar el precio, que no es de presumir le tuviese à la mano. (b)

521. El derecho de retracto es personalisimo, y así no puede cederse à un estraño, ni es transmisible al heredero estraño; porque nuestras leyes exijen *pro forma*, que sea consanguineo dentro del cuarto grado, y porque tal cesion ò transmision se opondria á la razon de equidad, en que se funda, que es el afecto del consanguineo á conservar los bienes de sus padres ò abuelos.

522. Cuando la cosa no ha sido vendida sinó permutada ó cambiada por otra, no tiene lugar el retracto; porque las leyes que le conceden espresamente exigen la consignacion del mismo precio, y esto no puede verificarse en el caso de permuta, y porque cuando se trata de enagenacion por precio, se entiende segun derecho la que se hace por título de compra y venta. (c)

523. El retracto de sociedad ó comunion es el derecho que compete al socio ò partícipe en el dominio de alguna cosa indivisa para redimir la parte vendida por alguno de los socios ó comuneros à otro que no lo fuere, dando igual precio por ella. Por derecho comun no era concedido el retracto al socio en la cosa de comunidad vendida á otro. La ley 55 tit. 5 de la Partida quinta tampoco estableciò este derecho sinò el del

(a) Gomez lug. cit. n.° 28. Elizondo tom. 1.° pag. 50 n.° 6.
(b) Gomez lug. cit.
(c) Gomez lug. cit. n.° 19.

tanto, por el cual el socio es preferido por el mismo precio al tiempo de la compra. Sus palabras son: *pero si alguno de los que han parte en la cosa quisiere dar tanto por ella, como el estraño, ese la debe haber.* Pero la ley Recopilada espresamente dispuso, que el derecho de tanteo fuese tambien de retracto. (a)

524. Aunque el socio tenga en la cosa una pequeña ó minima parte, le compete el derecho de retracto, y en concurso de muchos socios, todos deben ser admitidos en proporcion â la parte que cada uno tiene. Pero es de observar, que la cosa comun ha de permanecer indivisa, porque si està ya dividida de manera que cada socio conozca su parte, ninguno puede retraer la que alguno de ellos hubiere vendido, porque ya deja la cosa de ser comun, segun es espreso en el derecho. (b)

525. Hemos dicho que tambien corresponde el retracto legal al señor directo y al superficiario, es decir, cuando uno es el dueño del suelo de un terreno, y otro tiene la superficie; si el dueño del suelo, que es el señor directo, lo vendiere puede retraerle el superficiario, y si este, que es el dueño útil, vendiere la superficie, puede retraerla el señor del suelo, segun está dispuesto por la ley. (c) Mas esto se entiende cuando el superficiario no pagaba alguna pension anual, porque si la pagaba no puede vender la superficie, sin requerir antes al dueño directo, como no puede hacerlo el enfiteuta.

526. En el retracto convencional debe estarse al

(a) L. 14 tit. 11 lib. 5 R. C

(b) L. *magis puto* § fin *dig. de reb. eorum.* * Sala *apend. ad Vinn.* n.º 28.

(c) L. 13 tit. 11 lib. 5 R.

pacto celebrado entre comprador y vendedor. Si se fijò en el contrato un plazo dentro del cual debia el primero redimir, y el segundo retrovender la cosa, hasta entonces existe el derecho de retracto; pero si no se fijó, dura este derecho veinte años sólamente, que son los que dura toda accion personal nacida de contrato; y por esta razon el retracto convencional no procede contra el tercer poseedor, á no ser que se hubiese puesto el pacto de no poderla enagenar durante el plazo para la redencion. (*)

527. En el retracto que intentare el socio ó partícipe por los bienes comunes, el señor directo por la superficie, ò el superficiario por el suelo, deben guardarse las mismas formalidades exijidas por la ley (a) para el retracto de sangre: debe promoverse dentro de nueve dias perentorios, consignarse dentro de ellos el precio de la cosa, y jurar el retraente que la quiere para sí.

528. Dado caso de concurrir dentro de los nueve dias y con todas las formalidades á retraer la cosa vendida, el consanguineo, el señor directo ò superficiario, y el socio, la ley prefiere primero al dueño directo ó superficiario, segundo al socio en la cosa comun, y tercero al consanguineo. (b)

529. Sentadas las anteriores disposiciones legales y doctrinas recibidas, conviene notar, que la accion de retracto es personal, no nativa, porque no nace de contrato, ni cuasi contrato, sinô dativa concedida inmediatamente por la misma ley que se dice *conditio ex lege*, y por lo mismo es *in rem scripta*, y compete no solo con

(*) Sala appendis *ad Vinn.* n.° 32 y 33.

(a) L. 7 tit. 11 lib. 5 R.

(b) L. 13 tit. 11 lib. 5 R.

tra el primer comprador, sinô tambien contra el tercer poseedor dentro de los nueve dias. (a)

530. El modo práctico de intentar esta accion ó remedio es el siguiente. El que pretende retraer la cosa vendida se presenta ante el juez ordinario con un pedimento esponiendo que es hijo legítimo ó natural de F., y que N., su hermano, primo ò pariente en tal grado ha vendido tal heredad, casa, ó finca que es de patrimonio ó de abolengo, en tal precio ; que le compete el derecho de retracto ; que, poniendole en ejercicio, consigna la espresada cantidad para que se deposite en el Banco de esta ciudad; que protesta hacer efectivo pago de las costas y gastos que en razon de la compra hubiese hecho el comprador, luego que se le hagan constar ; y que en consecuencia, se le mande entregar la referida heredad ó finca con los frutos y rentas que hubiere producido, y que el comprador se reciba del precio que por ella pagó, jurando en conclusion, que la retrae para si, y no para otra persona, sin dolo ni engaño.

531. El juez lo há por presentado : manda depositar el dinero en el Banco, y da traslado de esta solicitud al comprador. Si este la contradice, se recibe la causa á prueba con un término breve, y se procede sumariamente hasta la sentencia. (b)

532. Cuando se intenta el retracto por tìtulo de sociedad y comunion, ó por el de señorio directo, ó de superficie, no hay mas variacion que la diversa esposicion del hecho, debiendo tenerse muy presente, que en

(a) Gomez *in leg.* 70 *Tauri* n.° 30.
(b) Villadiego Instruc. politic. cap. 8 n.° 112.

el retracto de sangre ha de probar el retraente la calidad de ser la cosa vendida de patrimonio ò abolengo y el grado de consanguinidad: en el de sociedad ha de probar, que tiene parte en la cosa comun, y que esta se halla indivisa; y en el de señorio directo ò de superficiario ha de probar respectivamente estas calidades, sin olvidar que los nueve dias corren de momento à momento, porque asì corre todo tiempo, término ò dilacion legal: de suerte que si la cosa fué vendida el martes à las doce de la mañana, se vencen los nueve dias el jueves á la misma hora. (a)

(a) Gomez *in leg.* 70 *Tauri* n.° 25. * Sala *apend. ad* Vinn. n.° 22.

Capítulo IV.

APERTURA JUDICIAL DEL TESTAMENTO CERRADO.

533. La forma en que debe otorgarse el testamento cerrado ô *in scriptis* está descripta en la ley 103. tit. 18 de la Partida 3.ª y en la ley 1 tit 4 lib. 5 de la Recôpilacion de Castilla; y la forma que debe obsèrvarse en su apertura se halla en las leyes 1, 2, y 3. tit. 2 Partida 6, y la ley 14 tit. 4 lib. 5. de las Recopiladas.

534. La solemnidad del testamento cerrado, es la siguiente. El testador escribe su última voluntad en papel sellado con el sello de la tercera clase en esta provincia de Buenos Aires con arreglo à la ley de ella de 5 de Diciembre de 1821, (*) [antes de esta ley se usaba del sello tercero,] y despues de firmarla, ò hacerla firmar á su ruego, si no supiere escribir, la cierra con obleas ó lacre en un pliego de papel sellado igualmente de la tercera clase, de modo que quede como una carta grande, rubricando con su propia rùbrica las cerraduras, ò sellándolas con su sello si le usare. En este estado le presenta á un escribano público del número delante de siete testigos vecinos, llamados, y rogados al intento, (a) (†) diciendoles ante ellos en voz inteligible, que en aquel pliego se contiene su testamento y ultima voluntad. El escribano estiende en la cubierta la escritura de entrega y re-

(*) La ley sobre el papel sellado se vota todos los años, y asi debe atenderse no á la ley que cita el autor, sinò á la que siguiere en el tiempo que se otorgue el testamento.

(a) L. 103 tit. 18 P. 3 y ley 2 tit. 4 lib. 5 R.ª LL. 1 y 2 tit. 1.° P. 6.

(†) La ley Recopilada no exije esta última calidad.

cibo dando fè de todo lo espuesto, y en seguida la firma el testador, los siete testigos, haciendolo unos por otros, si algunos no supiesen firmar, y el escribano que tambien le signa, de modo que haya ocho firmas fuera de la del escribano.

535. Muerto el testador, el heredero, el albacea, el legatario, ò cualquiera que presuma tener interes en el testamento, puede presentarse ante el juez ordinario refiriendo el suceso del fallecimiento como público y notorio, y si ha sucedido en otro pueblo, acreditándole con la fè de un escribano, ò del Párroco del lugar en donde fué sepultado, ò de otro modo bastante; esponiendo que tiene otorgado su testamento cerrado, y pidiendo se mande al escribano ó persona en cuyo poder se halla, le exhiba ante el juzgado: que prèvia citacion de interesados, [que son los herederos *ab intestato*] si pueden ser hallados, se examinen los testigos instrumentales, bajo de juramento, sobre las preguntas y con las formalidades que previene la ley, (a) y que resultando ser el testamento mismo otorgado por el finado testador, se lea, publique, y declare tal, interponiendo la autoridad judicial, se mande registrar en el protocolo de escrituras públicas y dar á los interesados las copías que pidieren; concluyendo con el juramento de que su solicitud no es de malicia, sinó por el interes que tiene ó presume tener en aquel testamento.

536. El juez provee auto mandando en todo como se solicita y que la persona en cuyo poder se halla, el pliego de testamento le exhiba inmediatamente: notificado este

---

L. 3 tit. 2 P. 6.

mandato, exhibido el pliego y puesta la diligencia de entrega manda á continuacion que el interesado presente los testigos instrumentales, y compareciendo estos procede á su exámen, preguntándoles si es suya la firma que aparece escrita en aquel pliego, si es el mismo que entregó el testador al escribano, y diciendo estar en el contenido su testamento y ultima voluntad: si estaba, en su sano juicio y entera razon; y si saben que al presente es ya muerto. Si del exámen de los siete testigos ó de la mayor parte resulta la verdad del testamento, suele el juez comunicar traslado al interesado en la apertura, y este pedir que se mande abrir, que se declare tal, que se protocolice y que para su cumplimiento se den á las partes las copias que pidieren; pero como en el primer pedimento se ha hecho ya esta solicitud no es necesario repetirla, y desde que todos ó la mayor parte de los testigos han acreditado la realidad del hecho, puede el juez mandarle abrir, tenerle por tal testamento, y dar de él á las partes los traslados que pidieren; y esto aun cuando alguno de los testigos negase su firma, como en términos espresos está dispuesto por la citada ley 3 tit. 2 de la P. 6 por estas palabras. "*E los testigos deben conocer, si son aquellos sus sellos; é si la mayor partida de ellos dijeren que pusieron los sellos en el testamento, debe ser abierto ante ellos é leido, maguer todos no se acertasen y.... E si acaesciese que alguno de estos testigos negase, que non pusiera su sello en el testamento, non lo deben dejar por eso de abrir, como quier que alguna sospecha sea contra el testamento por el niego de aquel testigo.*"

537. Con efecto, manda el juez que el pliego cerrado se abra, se lea, y publique, y así se verifica leyén-

dose por el mismo ó por el escribano á presencia de los testigos é interesados, si los hubiere, y poniendose la diligencia de apertura, firmada por el referido juez, por el escribano, y por los testigos.

538. En seguida provee su auto declarando lo contenido en el pliego por testamento y última voluntad de su otorgante; interponiendo para ello su autoridad y decreto judicial, mandando que se protocolice y ponga en el registro de escrituras públicas del escribano actuario, empezando por cabeza la que se hallaba escrita en la carátula del pliego; que se lleve á debida ejecucion; y que se dén á los interesados las copias necesarias. (a) Este auto se notifica à quienes corresponde, el escribano cumple todo lo prevenido en él, y así concluye este juicio de su naturaleza sumario, mientras no hay lejitima contradiccion, siendo oportuno advertir, que las copias testimoniadas deben darse en papel sellado de la tercera clase; pero si en el testamento hay mejora ó fundacion perpetua, se dán en el de la octava clase, con arreglo à la ley de 5 de Diciembre de 1821.

539. Hemos hablado hasta aquí del caso en que los testigos instrumentales ó la mayor parte de ellos se hallaren en el lugar para ser examinados, entendiéndose por la mayor parte tres, con mas la fé del escribano; pero cuando los testigos todos ó los mas de ellos se hallan ausentes, y de no abrirse el testamento se temiere algun perjuicio, espone estas circunstancias en su pedimento el interesado, y pide que se proceda à la apertura ante otros testigos honrados y fidedignos, mientras comparecen los instrumentales. El juez otorga esta soli-

(a) Colon lib. 3 cap. 4 n.º 30 y 32.

citud como en ella se pide, se abre el testamento, se saca de él un traslado fehaciente, y vuelto á cerrar firmarán sobre el pliego el juez, los tres testigos que presenciaron la apertura, y el escribano, hasta que compareciendo los instrumentales ausentes, sean examinados y se abra, publique y protocolice el testamento con todas las formalidades antes detalladas. (a)

540. Cuando los testigos ausentes no pudieren venir para su exàmen, previene la ley, que se envie el pliego dirigido con carta requisitoria à las justicias del lugar donde residen para que allí reconozcan sus firmas y sean examinados en la forma antes esplicada, y si todos fueren ya muertos el interesado en la apertura ofrecerá informacion de abono y reconocimiento de sus firmas; y producida bastantemente, se hará la apertura y publicacion con la solemnidad ya dicha.

541. Todo lo espuesto es conforme á las leyes 1, 2, y 3, tit. 2 P. 6 y à la prâctica constante observada en los tribunales de nuestra Repùblica, sin entrar en la cuestion que promueven los autores jurisperitos, sobre la necesidad è innecesidad del exàmen de los testigos y publicacion del testamento cerrado, despues que por la ley 3 de Toro que es la 2.ª tit. 4. lib. 5 de la R. no puede otorgarse ni es vâlido sin la solemnidad de siete testigos y el escribano, en cuyo caso sostienen algunos que viniendo una escritura pública no hay necesidad de publicarse, (b) como antes cuando solo regia la ley 103 tít. 18 de la P. 3.

(a) L. 3. tit. 2. P. .
(b) Gregorio López à la ley 3 tit. 2 P. 6 *glos.* 4. Antonio Gomez *in leg* 3 *Tauri* n.° 37.

Capítulo V.

JUICIO DE REDUCCION DEL TESTAMENTO NUNCUPATIVO A ESCRITURA PUBLICA.

542. Testamento nuncupativo ó abierto, es aquel en que el testador dispone de sus bienes *paladinamente* delante de suficiente número de testigos, ya sea de palabra ò en escritura. La ley 1.ª tít. 4 lib. 5 de las Recopiladas le prescribió las solemnidades que hoy requiere para su validez y subsistencia. Debe ser otorgado ante escribano público y tres testigos vecinos del lugar: à falta de escribano ante cinco testigos vecinos; y si no hubiese comodamente cinco testigos, debe al ménos hacerse ante tres igualmente vecinos. Cuando el testamento nuncupativo es hecho sin escribano, suele hacerse de palabra, ò estenderse en escritura privada, y esta clase de disposicion última, que comunmente se llama memoria de testamento, es muy frecuente en la campaña donde no hay copia de escribanos.

543. La razon persuade, y todos los autores sostienen, que cuando el testamento abierto es hecho ante escribano y tres testigos en forma de escritura pública, no es necesaria para su firmeza y eficacia la insinuacion ó publicacion judicial de que habla la ley de Partida, (a) porque un instrumento de esta naturaleza, como cualquiera otro de los otorgados legitimamente ante escribano público, tiene toda la fé bastante para todos los efectos de

(a) L. 4 tit. 2 P. 6.

derecho. Pero el testamento otorgado ante solos testigos de palabra ó en escritura privada necesita manifestarse ante el juez ordinario, á fin de que precediendo citacion de todos los interesados, se examinen los testigos, se declare por la autoridad judicial por legítimo y valedero, se reduzca á escritura pública fehaciente en juicio y fuera de él, y se den á las partes los traslados que necesitaren, en conformidad de lo prevenido en la citada ley de Partida, que en esta parte no ha sido corregida por la ley Recopilada.

544. El modo de intentar este juicio es muy sencillo. Luego de muerto el testador, la persona ò personas á quienes interesare, se presentan ante el juez ordinario de primera instancia con arreglo á la ley municipal (a) esponiendo su fallecimiento bajo la memoria de testamento que exhibirà, ó pedirá que se mande exhibir á quien la tuviere, y si la memoria no ha sido escrita, espresarâ las disposiciones que manifestò por su ùltima voluntad ante los testigos llamados al efecto, designándolos por sus nombres, y pedirà que con citacion de los demas interesados (que son principalmente los herederos *ab intestato*), se reciba informacion de dichos testigos instrumentales, ó presenciales, y que dada en cuanto baste, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del testador, se mande reducir á escritura pùblica y protocolizar, interponiéndose para todo la autoridad y decreto judicial, y dàndose en consecuencia á las partes los traslados que pidieren. El juez por su auto manda recibir la informacion y examinar los testigos que fueron presentes al otorgamiento, el cual exàmen se re-

(a) L. 43 tit. 32 lib. 2 R. I.

duce à preguntarles despues de leerles la memoria del testamento y el pedimento de la parte, si reconocen por suyas las firmas que en aquella aparecen: si lo en ella contenido fué la última y libre voluntad del testador: si estaba en su juicio cuando la otorgò, y si son vecinos del lugar donde se hizo.

545. Concluida la informacion, manda el juez dar vista de ella al Agente Fiscal de lo civìl y con lo que este espone, en resultando mèrito bastante, provee el juez su auto haciendo la declaracion y mandando espresamente en la forma que se pidió por la parte interesada; pero ordenando al mismo tiempo, que se pase al superior tribunal de justicia para su aprobacion, conforme á lo dispuesto por la ley citada á donde deben llevarse los procesos de estas causas, porque sin su conocimiento y decision, no pasa la sentencia del juez ordinario en autoridad de cosa juzgada, aun cuando las partes no apelen de ella, y el tribunal nunca resuelve sin precedente audiencia del ministerio fiscal.

546. Este juicio es breve y sumario por su naturaleza, mientras no hay contradiccion de parte interesada en la nulidad de la memoria de testamento; porque si la hubiere, se hace ordinario y sigue todos los tràmites prolijos de la via ordinaria, (a) debiendo proveerse de curador á los interesados menores, y á los ausentes, de defensor.

(a) Elizondo tom. 2 pag. 191 n.° 2.

Capítulo VI.

JUICIO DE INVENTARIOS.

547. Inventario es la prolija descripcion de bienes, muebles, raices, sémovientes, derechos, y acciones. Puede hacerse judicial ó estrajudicialmente. Inventario judicial es el que se hace ante el juez y escribano, y con citacion de interesados sin que sea necesario que el juez asista à èl: pues por pràctica comun se le pide licencia para practicarle y se formaliza ante el escribano autorizàndole el juez à la conclusion con su decreto. (a) Estrajudicial es el que se hace sin precedente licencia ó decreto judicial, ni citacion de interesados, describiendo solamente los bienes ante escribano, ò en defecto de este ante tres testigos; (b) aunque siempre es utilísimo presentarle al juez despues de concluido, y pedir con precedente citacion de interesados su aprobacion para evitar toda sospecha de ocultacion de bienes.

548. Tanto en el inventario judicial como en el estrajudicial deben describirse los bienes con claridad y distincion, insertando los muebles, las albajas preciosas, los sémovientes, los raices, y los instrumentos de créditos y acciones. (c)

549. Todo el que por cualquier causa es obligado à dar cuentas de los bienes que recibe, retiene, ó están

(a) L 5 tit. 6 P. 6.
(b) L. 100 tit. 18 P. 3. Ayora *de partition* part. 1.ª cap. 2 n.º 5
(c) L. 5 tit. 6 P. 6.

á su cargo, debe hacer de ellos inventario solemne y judicial con citacion de todos los interesados. Este es un principio en el derecho, (a) y de él se deduce la obligacion que tienen de hacerle el albacea que se apodera de los bienes del testador para cumplir su testamento; el heredero, el fideicomisario y el sustituto, el marido como administrador de los bienes de la muger: el tutor ó curador de los bienes del pupilo ò del menor. Pero la muger que muerto el marido queda en la retencion de sus bienes, no es obligada à formalizar inventario judicial, sinó una simple descripcion de los bienes ante escribano. En la misma forma debe hacerle el padre, que administra los bienes adventicios de su hijo, aunque es suyo el usufructo; y tambien los herederos, á quienes el testador haya facultado para hacerle, y proceder á la division y particion de bienes estrajudicialmente y con inhibicion de la justicia. (b)

550. Contrayèndonos ahora à los inventarios de bienes mortuorios, ó fincados por causa de muerte, es opurtuno advertir, que puede hacerse á instancia de parte ó de oficio del juez. Puede pedir la faccion de inventarios, como parte, el albacea á quien el testador facultó para apoderarse de sus bienes y cumplir sus disposiciones, y si abandona esta obligacion puede ser removido del encargo, y pierde lo que por él ò por el testamento deberia tener. (c) Pueden y deben pedir la faccion de inventarios los herederos ó heredero *ex testa-*

(a) Escob. *de ratiot.* cap. 9 n.° 14. Valenz. concil. 89, Eliz. tom. 1.° pag. 78 n.° 3

(b) Cèdula de 20 de Enero de 1792.

(c) Arg. de la L. 8 tit. 10 P. 6.

mento y ab intestato, aceptando la herencia bajo de este beneficio, y la pena de no hacerle es quedar obligado à pagar las deudas del testador, aunque la herencia no alcance. (a)

551. La ley concede al heredero treinta dias desde que llega â su noticia la institucion, para empezar á hacer el inventario, y tres meses para concluirle desde que le empezó, á no ser que haya parte de los bienes fuera del lugar à distancia considerable, en cuyo caso puede pedir mas plazo al juez, y este concederle proporcionalmente hasta un año. (b) Durante el plazo legal no puede ser obligado à pagar las mandas ò legados segun está dispuesto en la ley 7. tit. 6. part. 6: pero puede ser reconvenido por los acreedores hereditarios en las demas deudas del finado, despues de los nueve dias de la muerte, como claramente lo dispone la ley 13. tit. 9. part. 7., (*) y tambien es obligado al pago de las espensas funerales que son de primera deduccion.

552. El juez que debe conocer de los inventarios y de todo lo que á ellos pertenezca, es el ordinario del territorio donde el difunto tenia su vecindario al tiempo de su muerte, y tambien el juez en cuyo distrito existia la mayor parte de sus bienes. Si hay dos ò mas jueces ordinarios debe conocer el que hubiere prevenido en ellos, y si concurren á un tiempo, el mas antiguo. (†)

(a) L. 10 tit. 6 P. 6.

(b) L. 5. tit. 6 P. 6.

(*) La L. 13 que cita el autor, y la 15 tit. 13 p. 1 parecen contrarias à la ley 7 tit. 6 p. 6, pues que ellas no hacen diferencia en los acreedores. Las unas señalan 9 dias para poder cobrar á los herederos, y la otra tres meses. Concuèrdalas perfectamente Carleval en el tit. 3 disp. 9 n.° 11.

(†) Feb. tom. 6 pag. 9 n.° 3 y siguientes.

553. Cuando el juicio de inventario se promueve à instancia de parte, la que lo es, ó el heredero, se presenta refiriendo el fallecimiento del testador, esponiendo que ha sido instituido heredero en su testamento, que manifiesta, aceptando la herencia con el beneficio de inventario; y concluye pidiendo se mande practicar con la debida solemnidad el que corresponde de todos los bienes, derechos y acciones que han quedado por muerte del referido su instituyente, con precedente citacion de los coherederos, legatarios, viuda ó viudo y demas interesados, que designarà por sus nombres; y fecho se apruebe por el juez interponiendo su autoridad y judicial decreto. El juez provee auto à consecuencia de este pedimento, mandando en todo como se pide, y señalando dia y hora para la práctica del inventario, que generalmente se comete al escribano. Citados los interesados se procede al inventario, empezando por el juramento que deben prestar los tenedores de los bienes, à saber, la viuda, los herederos y demas, de hacer manifestacion fiel de todos ellos, sean fincas, efectos, dineros, ò papeles, sin sustraer ni ocultar cosa alguna segun se deduce de la ley de Partida, (a) y se enseña por los prácticos; (b) siendo útil cautela para evitar toda sospecha de dolo, que aquel que hace la manifestacion de los bienes, haga al fin de la descripcion de ellos una protesta de manifestar todos los que se hubieren olvidado, ò ignorado luego que se encuentren ó se tenga noticia de ellos. (c)

554. En caso de proceder el juez de oficio á la

(a) L. 5. tit. 6. P. 6.
(b) Colon. instruc. de Escrib. pag. 267.
(c) Greg. Lopez. à la L. 5. tit. 6. P. 6. glos 15.

faccion de inventario, que es cuando los herederos son menores, ó cuando están ausentes en parte, de donde no se espera su pronta venida, ó cuando el que deja los bienes ha muerto *ab intestato* y no tiene herederos conocidos, y tambien en Buenos Aires cuando los herederos son estraños, ó transversales, por el interes de los derechos fiscales, provee un auto mandando que el alguacil mayor (en Buenos Aires uno de los oficiales de justicia) asociado del escribano, pase inmediatamente á la casa mortuoria: asegure las habitaciones, arcas, escritorios y demas: recoja y ponga en custodia los efectos y cosas preciosas y apreciables que pueden ser substraidas; poniendo, si necesario fuere, guardas en la casa, y se apodere de las llaves mientras se procede á hacer el inventario, mandando igualmente, si el difunto otorgó testamento, que el escribano ante quien hubiere testado saque una copia testimoniada y se ponga á continuacion. Es de advertir que cuando motivos especiales lo exijieren, el mismo juez debe practicar estas diligencias y así mandarlo en su auto.

555. . Asegurados los bienes mortuorios y puesta copia del testamento, si le hubiere, cuando los herederos son mayores y se hallan ausentes, se les nombra defensor; cuando son menores, si el tutor ò curador nombrados por el testador necesitan aprobacion y confirmacion judicial, como cuando la madre viuda que instituye herederos, les nombra tutor ó curador: cuando el padre les nombra tutor en testamento, ò cuando à los hijos legìtimos les nombra curador, (a) manda el juez por su auto, qué acepten y juren el cargo y en consecuencia despues de discer-

(a) LL. 6, 8, y 13. tit. 16. P. 6.

nirselos en forma, señala el dia y hora para la confeccion del inventario, el cual se hará con citacion de los referidos tutor, ó curador y de los demas interesados.

556. Si el difunto murió intestado, y los menores son pupilos, es decir, los varones menores de catorce años, y las mugeres menores de doce, el juez les nombra curador *ad litem*; pero si son mayores de la edad pupilar, les manda que le nombren, y con citacion del curador y de los que fueren interesados, se practíca el inventario. Muchas veces se procede en el juicio de inventarios de bienes de intestado con la sola intervencion del Defensor de menores quien los representa en vez del curador *ad litem*, pero sea de un modo, ò de otro siempre es ùtil oir al Defensor antes de proceder à la aprobacion. (*)

557. Concluida la descripcion ó inventarios de bienes, cuando se ha procedido de oficio, manda el juez que se depositen en persona segura y abonada mientras se procede á la particion, y aunque regularmente el depósito se hace en alguno de los interesados en la testamentaria ó en el tutor ó curador nombrados en el testamento, es consejo de sábios pràcticos que se haga en persona estraña para evitar graves perjuicios, que diariamente se observan de retener los bienes algunos de los interesados.

558. Del inventario manda el juez dar traslado á los que son partes y tienen interes en él con el término

(*) La ley municipal hace necesaría la intervencion de los Defensores de menores; ella dice así: *Su intervencion es necesaria en los inventarios judiciales, cumplimiento de los testamentos, y en toda otra causa, sea por escrito ó de palabra en que se interesen menores, ya sea en primera instancia ó ya en segunda ó tercera.* Ordenanzas de Cabildo cap. XI art. 2.º

de tres dias, y en su vista, si hay mas bienes que describir ò diligencias que practicar, así lo piden y el juez así lo manda; pero si à su juicio está fielmente hecho y completo, piden su aprobacion el juez por su decreto le aprueba en cuanto haya lugar para proceder en consecuencia á la tasacion y particion de bienes: debiendo tenerse en consideracion que cuando hay menores, aunque por algun justo motivo no se haya de verificar inmediatamente la particion, debe hacerse el justiprecio de los bienes, para que siempre haya constancia de su valor.

559. Se ha dicho que el juez *aprueba el inventario en cuanto haya lugar*: porque este decreto no es irrescindible, y siempre ha lugar á la reforma de aquel toda vez que se descubra ocultacion ú olvido de bienes que debian inventariarse. La ley de Partida (a) otorga á los legatarios, que no concurrieron á la formacion del inventario y que tuvieren sospecha de haber sido inexacto, el derecho de averiguarlo ante el juez por el juramento del heredero ò de los testigos presenciales, y por declaracion de los domésticos; y su glosador, el Dr. D. Gregorio Lopez, (b) siguiendo la opinion de jurisconsultos respetables, sostiene que la presencia ó ausencia de los legatarios acreedores y demas interesados á la confeccion del inventario, no impide que puedan probar contra él, acusando bienes, cuya ocultacion descubrieron posteriormente.

(a) L. 6. tit. 6. P. 6.

(b) Greg. Lopez á la ley citada glos. 12.ª

Capítulo VII.

JUICIO DE DIVISION Y PARTICION DE HERENCIA.

560. Al juicio de inventarios se sigue el de division y particion de herencia que cualquiera de los herederos puede promover por la accion mixta *familiæ erciscundæ* que se contiene en las leyes del título 15 de la Partida 6, y en las del tìtulo 8. lib. 5 de las Recop. de Castilla. El objeto de este juicio es que se divida, parta, y adjudique la masa de bienes hereditarios que se hallare indivisa entre los herederos y demas partícipes segun las legìtimas disposiciones del testador, ò segun las leyes, si el padre comun muriò *ab intestato*; porque segun la regla comun de derecho, nadie es obligado á vivir en comunion de bienes con otro.

561. La particion de bienes solo puede hacerse entre los que tienen un derecho cierto à ello, y no controvertible legitimamente; y así el heredero que la pretende debe hacer constar su calidad de heredero, ó bien por sentencia ejecutoriada, ó por aquiescencia del coheredero que no se la niega, ó por hallarse en posesion de la herencia, en cuyo caso aunque los coherederos le nieguen serlo, le compete sin embargo la accion *familiæ erciscundæ*; (a) pero en diverso caso le corresponde intentar otras acciones, como la de peticion de herencia para que se le declare heredero, la de reivindicacion, ú otros remedios posesorios segun las circunstancias.

(a) Ayora de *partitio*. part. 1.ª cap. 6 desde el n.° 1 al 7. Villad. Instruc. polit. cap. 8. § 58. • LL. 2, 6 y 10 tit. 15 P 6.

562. La particion de bienes de difuntos puede hacerse de dos modos, á saber: estrajudicial entre herederos mayores que se convienen en practicarla en esta forma, ó judicial cuando los interesados así la solicitan, y cuando es entre menores, aunque haya entre los herederos alguno ó algunos mayores. (a) Tambien se procede á la particion estrajudicial aun cuando haya menores ó ausentes si el testador así lo dispuso espresamente, nombrando contador y partidor estrajudicial, y las partes estan conformes en hacerla de este modo, segun así se declaró y dispuso en la cèdula antes citada de 20 de Enero de 1792, como mas conforme á las leyes del título 4. lib. 5 de la Recopilacion; *quedando á salvo el acto de la aprobacion de la cuenta y adjudicaciones que se practiquen por el comisionado, y el poder reclamar cualquier agravio porque justamente se notare*, como se esplica la misma cédula; y á este fin es siempre muy útil, aun cuando la particion se haga estrajudicialmente, pedir al juez su aprobacion con precedente audiencia del Defensor de menores, si le hubiere.

563. Cualquiera de los herederos mayores de edad ó emancipados es parte legítima para pedir la particion de los bienes de la herencia: (*) lo es tambien el tutor de los menores; y lo es la viuda del finado para ser satisfecha de las ganancias adquiridas en el matrimonio, de su dote, y de otros derechos que pueden pertenecerle. (†)

564. Como el juicio de particion es correlativo al de inventario, debe conocer de aquella el juez que conoció de estos por la regla general de derecho, que allí

(a) Colon Instruccion de escribanos lib. 4 n.° 37.

(*) L. 9 tit. 15 p. 6.

(†) Ayora cap. 1. n.° 2.

debe acabar y perfeccionarse un juicio, donde tuvo principio. (*).

565. La forma de proceder en el juicio de particion es la siguiente. No pueden dividirse los bienes entre los partícipes con igualdad, sin que preceda su tasacion por la cual conste su valor, y la cantidad á que ascienden; y por esto si â la conclusion del inventario no se hubieren justipreciado, el que promueve la particion presenta ante el juez un pedimento esponiendo que los bienes de la herencia de que se trata, se hallan inventariados segun aparece de los autos de inventarios que reproduce, pero todavia indivisos y en poder de N. que conviene á su derecho, que se haga la efectiva division, particion y adjudicacion de lo que corresponda â cada uno de los herederos: que para formalizar esta operacion, deben justipreciarse antes, por no estarlo todavia: que à este fin nombra por su parte en clase de peritos tasadores á Z. y Q., (conviene nombrar un tasador para cada clase de bienes) y pidiendo en conclusion se notifique à los coherederos, sus tutores ó curadores, á la viuda y demas interesados, que en caso de no conformarse con los nombrados nombren otros por su parte dentro de tercero dia bajo de apercibimiento, que en su defecto se nombrarán de oficio, para que juntos procedan, prévio el juramento necesario, á realizar el justiprecio, y fecho se comunique en traslado para los efectos que convengan en prosecucion del juicio de particion.

566. A este pedimento provee el juez auto, mandando en todo como en él se solicita, y notificado á los interesados nombran estos los peritos por su parte, si es

(*) Feb. tom. 6 pag. 79 n.° 13.

que no se conforman con los nombrados, ó en el acto de la notificacion, ó en pedimento separado. En su vista el juez los há por nombrados, ó los nombra de oficio, si despues del tercero dia no los hubieren nombrado, y se les hubiere acusado la correspondiente rebeldia; manda ademas que aceptando y jurando el cargo, procedan al justiprecio de los bienes, haciendo en él sus respectivas declaraciones, para proveer en su vista lo conveniente.

567. Notificado este auto, á todas las partes interesadas y tambien à los peritos, proceden estos despues de aceptado el nombramiento á practicar la tasacion, y sentadas en los autos sus declaraciones espresivas del valor de cada cosa con claridad y distincion, manda el juez dar traslado à las partes para que dentro de tercero dia espongan lo que crean conveniente á su derecho. Si dentro de este término no contradijesen el justiprecio, y considerándole arreglado y justo se conformaren con él, le aprobará el juez por su auto en cuanto haya lugar, y dará traslado à las partes, para que usen de su derecho en prosecucion de la particion.

568. Pero si alguno de los interesados contradijere la tasacion, por no ser arreglada al valor corriente de los bienes, pidiendo su reforma por nuevos peritos, se manda que las partes los nombren y se proceda por estos al nuevo justiprecio en la forma antes dicha. El que por estos peritos se hiciere, siendo de conformidad, se aprueba por el juez: si hubiere discordia se nombra tercero, y se aprueba aquello en que la mayor parte conviniere, sin quedar á las partes derecho á pedir retasa ni otro recurso que el de apelacion; porque esto es muy conforme con el espíritu de la ley. (a)

(a) L. 10 tit. 15 P. 6. Colon instruc. de Escrib. lib. 4 n.° 44.

569. Aprobado el aprécio de los bienes, la parte que promoviò el juicio de particion y à quien primero deben darse los autos de traslado, presenta pedimento en el cual refiere lo ya practicado: dice, que para arribar á la division es llegado el caso de nombrar contadores y partidores: espresa que nombra por su parte á X por tal contador y partidor; y pide que aprobado este nombramiento se mande á los demas interesados le nombren por la suya dentro de tercero dia, con apercibimiento que en su rebeldia se nombrarà de oficio, para que precediendo su aceptacion y juramento, reciban los autos, formen la cuenta de division, partan los bienes y adjudiquen à cada partìcipe lo que en ellos le pertenezca. En vista de este pedimento el juez provee su auto, mandando como en el se pide; se nombran los contadores por las partes, ó de oficio en su rebeldia, en la misma forma que se procediò en el nombramiento de peritos ò tasadores: se aprueba por el juez, se manda en el mismo auto de aprobacion que acepten y juren el cargo, dándose comision para que les reciba el juramento, al escribano actuario, y hechò todo, se les entrega los autos para que procedan à desempeñar su encargo.

570. Los contadores partidores deben examinar prolijamente los autos, y con arreglo al testamento del difunto, si le hay, al valor de los bienes, á las decisiones judiciales, y á las disposiciones generales de derecho, forman lá cuenta, division y adjudicacion entre los herederos y demas partìcipes en la manera que corresponda, y es de verse circunstanciadamènte en los pràcticos Ayora de Particion, Villadiego Instruccion Polit. ¡Colon Instrucion de Escribanos, en los lugares que abajo se citan. (a)

(a) Ayora de *partitio per totum*. Villad. Instruc. polit. cap 7. Colon Instruc. de Escrib. tom. 1 lib. 4 desde la pag. 298 hasta la 324.

571. Dos advertencias conviene tener presente en el juicio de particion hereditaria. La primera es, que los contadores partidores no tienen facultad de decidir punto alguno de derecho, sinó la obligacion de arreglarse á sus disposiciones en su operacion y á las resoluciones judiciales en los artìculos cuestionados, ni pueden pedir ó recibir dinero de las partes, antes ni despues de hecha la cuenta de division, mientras no haya sido tasado su salario por el juez á quien igualmente corresponde hacer la tasacion de frutos cuando condena à su pago. (b) La segunda es que en este juicio, siempre otorgò el derecho al juez la facultad de usar de un prudente y equitativo arbitrio cuando la cosa sujeta á particion es indivisible, en cuyo caso la puede adjudicar à uno de los herederos, obligândole à que satisfaga en dinero á los demas la parte que en ellas les pertenece, ò cuando la division de una cosa no puede hacerse por iguales partes sin grave inconveniente, como cuando un fondo hereditario no puede dividirse con igualdad sin quedar irregular, pues entonces puede hacer de él adjudicaciones desiguales, condenando al que lleva la mayor parte á indemnizar en valor pecuniario al otro heredero á quien toca la menor. Así está dispuesto en el derecho romano, y así lo dispone espresamente la ley de Partida (c) cuando dice "poderio " ha el juez ante quien pidieren la particion los herede- " ros, de la mandar facer en la manera que él enten- " diere, que será mas guisada, ó mas á pro de ellos."

572. Porque aunque es verdad que la sentencia debe corresponder à la demanda, y no debe vagar fue-

(b) LL. 50, 51, y 52 tit. 5 lib. 2 R.

(c) § 4 Instit. *de officio judicis*. L. 10 tit, 15 P. 6.

ra de los términos de la peticion; puede sin embargo en los juicios dobles, como es este, separarse *ex æquo et bonò* en los casos en que una igualdad material perjudicaria á la justicia, debiendo tenerse presente, que el juicio *familiæ erciscundæ* contiene dos cosas ó tiene dos objetos, la division de la herencia, y algunas prestaciones personales, á que puede ser condenado un heredero en favor de los otros, como el que percibió los frutos de la herencia indivisa.

573. Volviendo al órden de este juicio, despues de hecha y firmada por los contadores la cuenta de particion, la entregarán al escribano: este pondrá à continuacion la diligencia, dando fé de haberla recibido: la agregará á los inventarios y dará cuenta al juez, quien mandará dar traslado de ella á los interesados, para que dentro de tercero dia aleguen lo que juzguen convenir á su derecho. (a) Si en este término nada alegaren ó se conformasen espresamente con la particion practicada, provee el juez su auto aprobándola en cuanto hubiere lugar en derecho, interponiendo su autoridad y judicial decreto, y mandando se den á las partes los testimonios ò copias autorizadas de sus respectivas hijuelas.

574. Pero si alguno de los interesados no se conformase y alegase serle perjudicial, el juez manda dar traslado à los demas: se substancia la contradiccion con dos escritos de parte à parte y se recibe à prueba si necesario fuere, siguiendose por los trámites del juicio ordinario hasta sentencia definitiva, por la cual se enmienda el agravio, ó se aprueba la particion, y de ella

(a) Ayora de *partitionib.* part. 1 cap. 4 *per totum.* Colon Instruc. de Escrib. lib. 4 del juicio de inventarios.

pueden las partes apelar para el superior en ambos efectos. (a)

575. Aquì conviene tener presente lo que dispone la ley de Partida (b) en órden à la obligacion recìproca, que tienen los herederos de indemnidad y saneamiento, si alguna de las cosas adjudicadas á uno de ellos, saliese incierta y fuere demandada y vencida en juicio como agena; en cuyo caso deben los demas indemnizarle y sanearle à *prorrata*, perdiendo él tambien la parte que le cupiere, à no ser que el padre ó el testador haya dividido y adjudicado en vida los bienes hereditarios, ó ellos hubiesen pactado redimirse de esta obligacion; pues entonces no la tienen. Y aunque sin prestar espresamente la caucion de saneamiento siempre son obligados á él los herederos, sin embargo es mas conforme al texto de la ley, que el juez la mande prestar, porque así se lo encarga á su mismo oficio, cuando previene que "*viniendo los herederos delante del judgador, débeles de su oficio mandar despues que la particion es fecha que den recabdo los unos á los otros*" y así lo enseñan muchos prácticos.

(a) Villadiego Instruc. polit. cap. 7 n.° 54.
(b) L. 9 tit. 15 P. 6.

Capitulo VIII.

JUICIO DE DIVISION DE LAS COSAS QUE ESTAN EN COMUN.

576. Este juicio se promueve por la accion mixta *communi dividundo*; (a) tiene mucha afinidad con el anterior: se dá entre aquellas personas, que tienen una ô muchas cosas comunes, no por causa de herencia, sino por sociedad, por donacion, por legado en testamento, ó por otro título particular. Tiene este juicio tambien dos objetos como aquel:—el uno, separar á los interesados de la comunidad de bienes; y el otro, hacer de una y otra parte las prestaciones, que fueren justas por razon de lucro, de daño, de frutos, ó de gastos hechos en la custodia ò conservacion de la cosa comun. Segun estos principios si se trata de dividir un bien que admite cómoda division; por ejemplo un terreno ó fondo que puede dividirse con regularidad por estar cortados de montes, lagos, &a, puede el juez adjudicar mas estension à uno que á otro, condenando al que recibe mas á dar al socio en dinero el valor del exceso. Si la cosa comun no es divisible, como un caballo, un siervo, puede adjudicarse á uno solo, condenàndole à dar al otro su parte en dinero. (b)

577. En cuanto á la persona que puede intentar esta accion, y tiene derecho espedito para pedir la division de la cosa comun, rigen los mismos principios que para el juicio de particion. La ley dispone (c) que si el

(a) § *Quædam. instit. de actionib.* * LL. 1 y 10 tit. 15 P. 6.
(b) *Vinnius ad* § 5 *institut. de officio judic.*
(c) L. 7 tit. 10 P. 3.

que pide la division de la cosa comun, no la posée, y el demandado la posée y niega la comunion, no se admita la demanda, si no prueba primero el derecho que tenga en ella, es decir, el dominio ó cuasi dominio; pero si el demandante es poseedor de la cosa indivisa; aunque el demandado negase que era su compañero debe ser admitida la demanda, y es obligado el demandante á probar que tiene parte en la cosa comun, para que el juez la mande dividir; porque no probándolo, *fincaria aquella cosa al demandado é seria el demandador desapoderado de ella.*

578. El modo de proceder en este juicio es el mismo que en el de particion. El que le intenta presenta un pedimento diciendo que posée *pro indiviso* con X una casa ó hacienda, sita en tal parte bajo de tales lìmites, que les donó *Z*, y nó siendo obligado á estar en comunion con aquel, para que cada uno tenga y posea su parte conocida, pide se proceda á su tasacion por perìtos, nombrando por su parte á Q. y P. para que se mande al referido X. que en caso de no conformarse con estos, los nombre por la suya dentro de tercero dia, bajo de apercibimiento de nombrarse de oficio en su rebeldia, los cuales precediendo su aceptacion y juramento proceden á justipreciar la finca comun y sigue el juicio en todo lo demas del mismo modo, hasta la division y adjudicacion. (a)

(a) Villadiego instruc. polit. cap. 8 n.° 50.

Capítulo IX.

JUICIO DE DESLINDE, APEO, Y AMOJONAMIENTO DE TIERRAS.

579. La tercera accion mista llamada en el derecho romano *finium regundorum* (a), y de que habla la ley 10. tit. 15. P. 6., prepara el juicio de deslinde, apeo y amojonamiento. Este juicio se versa entre los que tienen heredades confinantes con el objeto de que se arreglen los términos y límites que las dividen, y cada uno retenga la parte de terreno que le corresponde, y si se hallase tener mas le restituya á su colindante. En nuestra provincia de Buenos Ayres es frecuentisimo este juicio, y sus resultados son de la mayor importancia; porque consistiendo su principal riqueza, y el fundamento de su prosperidad en el pastoreo de ganados, y en la labranza de terrenos, ès muy conveniente el exacto deslinde de sus propiedades rústicas, al paso que es muy posible su confusion por falta de bosques, montes ó sierras, rios y otros signos permanentes, que suelen servir de mojones, constantes é inequívocos. Asi son tan frecuentes los litigios de este género, y se verifica en perjuicio del interés público lo que del dios Término dijo el poeta (b): *omniis erit sine te litigio sus ager.*

580. Es fuera de duda, que este juicio de deslinde no puede tratarse sinò entre los que tienen campos ò terrenos colindantes: que puede promoverle aquel, que

---

(a) § *Quædam instit. de actionib.* L. *in finalibus ff Fin. regund.*
(b) Ovid. 2 Fastor. V. 660.

poseyendo con justo título alguna suerte de tierras ò heredad rural, cree que sus circunvecinos se han introducido en parte de ellas, confundiendo sus linderos ò quiere que por no haberlos se señalen y distingan, y en este concepto se reputa esta accion en el derecho como una reivindicacion, por ser coherente á la causa de propiedad; (a) y es tambien indudable, que el juez ante quien debe promoverse, es el ordinario del lugar donde ha de practicarse el deslinde, que en esta provincia de Buenos Ayres es cualquiera de los jueces de primera instancia en lo civìl.

581. El modo de entablarse, substanciarse, y concluirse este juicio es el siguiente. El interesado debe presentarse ante el juez competente con los instrumentos ò títulos que acrediten el dominio y posesion que tiene en tal terreno ó heredad, espresando si es de estancia ó pastoreo, si es de sembradio, si es huerto & designando sus límites, y esponiendo que es turbado en sus derechos por la introduccion de alguno ó algunos de sus vecinos colindantes con todas las circunstancias del caso. Debe solicitar en consecuencia, que se proceda á la mensura, deslinde, y amojonamiento con precedente citacion de los vecinos interesados para que en el dia y hora, que se señalare comparezcan con los instruméntos de su derecho en el lugar donde ha de practicarse; nombrando desde luego por su parte un perito agrimensor que en esta provincia ha de ser uno de los facultativos aprobados por el Departamento topográfico, para que en consorcio del que la parte ó partes contrarias nombraren, caso de no conformarse con el nombrado, proceda á la medida ó des-

(a) L. 3 C. fin. reg.

linde. Debe por conclusion pedir, que á mèrito del resultado de esta operacion, y hallándose estar efectivamente introducido este, ó aquel de sus vecinos en el referido su terreno, se le restituya, se conserven los mojones existentes y ciertos, se declaren los confusos y obscuros, ò se pongan nuevos segun corresponda á las circunstancias particulares de cada negocio.

582. Es ùtil advertir antes de continuar el órden del juicio, que este puede promoverse de dos modos; ó con el objeto de que se haga una mensura y deslinde general de todo un terreno para fijar los términos, que le correspondan en toda su circunferencia; ó con el de que se practique un deslinde particular de una sola parte, y por un solo rumbo, por donde el interesado cree que el vecino contiguo se le ha introducido.

583. Al pedimento antes espuesto provee el juez mandando por su auto como en él se pide, á saber: que se practìque la mensura, señalando dia con concepto al tiempo, à la distancia del lugar y demas circunstancias que debe tener presente; y que sean préviamente citados los interesados circunvecinos, notificándoles que comparezcan, que presenten sus respectivos tìtulos è instrumentos, y que nombren por su parte agrimensores, sinó se conformaren con el designado por el actor, bajo de apercibimiento, que de no nombrarlos se nombraràn de oficio.

584. Dentro de tercero dia de la citacion, ó dentro del término que el juez les señalare, deben los circunvecinos presentar los instrumentos de dominio de sus terrenos, ò heredades, aunque hemos visto tambien la práctica de presentarlos al tiempo de la mensura; y deben

nombrar peritos agrimensores; pero si no los nombraren ni se conformaren con el nombrado, acusada una rebeldia por el actor, los nombrará el juez de oficio, y tambien un tercero para en caso de discordia. A consecuencia del nombramiento hecho por las partes, ó por el juez que en esta provincia debe hacerse con conocimiento del Departamento topográfico, segun el artículo 1 del decreto de 28 de Junio de 1827, deben prestar juramento en la forma ordinaria de cumplir con su encargo fielmente, sin que este requisito pueda omitirse bajo de ningun pretesto en actos judiciales, siendo como es un abuso intolerable, y peligroso, que los cirujanos, y médicos hagan reconocimientos, sobre los cuales ha de fundarse una determinacion de justicia sin la solemnidad del juramento, y los agrimensores sus operaciones facultativas en terrenos litigiosos sin este requisito, cuando los abogados sin embargo de haber prestado al tiempo de su recepcion un juramento en toda forma de ejercer fielmente su profesion, nunca ejercen acto alguno judicial sin haber jurado nuevamente el cargo ò comision.

585. Hecha la citacion de partes, y el nombramiento de peritos en la forma explicada, procede el juez ordinario ante escribano, ó testigos á falta de aquel en el dia designado al reconocimiento de los límites verdaderos del terreno, que se trata de deslindar, examinando atentamente los instrumentos presentados; oyendo las exposiciones de los interesados, que concurrieren, y el testimonio de vecinos antiguos sobre la ubicacion de los mojones, y mandando que con arreglo á su mérito se practique la mensura por los peritos, debiendo segun lo que de ella resulte, mandar conservar los mojones ciertos y manifiestos, que existieren, ó renovarlos si aparecieren obscuros, y

confusos, ô ponerlos nuevamente, si no los hubiere, segun se dirá en adelante.

586. El juez ordinario puede cometer la diligencia de mensura, deslinde y amojonamiento al territorial, ó á otra persona por impedimento de aquel; y si hay ejemplares en Buenos Ayres de delegar su jurisdiccion al mismo perito agrimensor, no se fundan en ley alguna, ni salvan los inconvenientes de confundir los actos facultativos de pericia ó arte, con los jurisdiccionales ó de autoridad.

587. El agrimensor ó agrimensores nombrados procederán en esta provincia de Buenos Aires á dar cumplimiento á su comision con arreglo á la instruccion cuarta del artículo 3 del decreto de 26 de Junio de 1826, segun está dispuesto por decreto posterior de 28 de Junio de 1827, ya citado, y concluida la mensura pasarán el expediente al departamento topográfico, quien le devolverá con su informe al juez de la causa, segun lo prevenido en el artículo 4.° de este último, para que en vista de todo, y oyendo á las partes por los trámites de un juicio ordinario, resuelva definitivamente, otorgando las apelaciones que se interpusieren. Pero si en el acto de la mensura y deslinde, alguno de los interesados hiciere oposicion á ella, y contradigere la forma en que se hace, pretendiendo ser suya alguna parte del terreno que corta, y alegando que los límites deben llevar otra direccion, debe suspenderse el deslinde, y señalándosele un término breve, pero bastante, segun la distancia del lugar, para que la formalice ante el juez de la causa, se substancia en via ordinaria: esto es: se corren dos traslados de parte á parte, se recibe á prueba, y segun

32

su mérito se sentencia definitivamente (a), otorgando las apelaciones que se interpongan.

588. Suele intentarse la accion de deslinde, apeo, y amojonamiento en primera instancia ante el tribunal superior por el caso de corte notorio, que concede la ley de Castilla; (b) pero en esta provincia, se abstiene el tribunal superior de admitir casos de corte, y por un uso constante empiezan todos los juicios ante los jueces de primera instancia.

589. En los juicios de deslinde conviene fijar con la posible claridad las funciones que corresponden al oficio de juez. Este debe tener consideracion á la notable diferencia que hay entre las acciones de division de herencia y de cosa comun, y la accion de deslinde. En las dos primeras se trata de dividir, y adjudicar las cosas, que hasta entonces habian estado en comunion: en la tercera se trata de deslindar los terrenos, ó heredades, que cada uno pretende ser de su propiedad particular, à efecto de que conserve lo que le pertenezca dentro de los términos reducidos à su norma, y mensura, ó devuelva lo que ocupare demas; en cuyo concepto la accion *finium regundorum*, se reputa en el derecho como una especie de reivindicacion, como se dijo antes. (c) Sobre este fundamento, si constare de los limites del campo, que se trata de deslindar, por existir mojones ciertos, manifiestos y evidentes, al oficio del juez corresponde guardarlos, y hacerlos guardar inviolablemente, sin

(a) Paz. tom. 3. cap. 1. §. 8 n. 17. * Gutierr. Pront. de los juicios cap. 12 § único

(b) Ley 5. tit. 13. lib. 4 Recop.

(c) L. 3. C. *fin. reg.*

permitir la menor novedad. Si aparecieren confundidos y obscuros, pero se conocieren sus antiguos vestigios, se deben aclarar, y distinguir con nuevos mojones. Pero si no permanecieren vestigios de los limites antiguos, ni se pudiere probar, cual era su direccion, es del oficio judicial deslindarlos, y mandar fijar nuevos mojones, segun el dictámen de los peritos agrimensores. (a)

590. Siguese de lo expuesto, que en el juicio de deslinde rarisimas veces tienen lugar las adjudicaciones y condenaciones reciprocas, que son tan frecuentes en los juicios de division de herencia, y de bienes comunes; pues solamente cuando por la desigualdad del lugar, ó por la incertidumbre de los mojones antiguos convenga deslindar los terrenos con señales ó linderos mas evidentes, mas constantes, y mas notables, podrà y deberà el juez quitar del uno, y agregar al otro, transigiendo *ex æquo, et bono*, y condenando á este á que indemnize á aquel en dinero el valor de la parte que le adjudica á justa tasacion.

591. Finalmente, como todo el objeto de este juicio es conocer los verdaderos términos de las heredades para fijar su division, y evitar perpetuos litígios, desde que hay contradiccion y duda, debe el juez buscar la verdad primeramente en la posesion (b); y si esta no se puede calificar, en los monumentos antiguos, y señales permanentes como son las sierras, montes, árboles, zabjas, rios ó arroyos, autoridad de censos antelados, la forma vieja de las suertes de tierras, la presuncion, y otras pruebas de esta

(a) Vinn. lib. 4 tit 17. de *offic. judic.*
(b) L. 24. *ff de reivindicat.*

especie, que pueden verse mas prolijamente en los autores. (‡)

592. Suele tratarse con motivo de este juicio del castigo y condenacion de aquel, que maliciosamente hubiere destruido los linderos que dividian los terrenos, cortando los árboles terminales, quitando las piedras, ù otras señales que comunmente se llaman mojones; pero basta decir que ocurriendo este caso, el juez que conoce en el juicio de deslinde, no puede conocer al mismo tiempo del incidente criminal, el cual debe promoverse por separado con la accion *de término moto*; y solo podrá en la sentencia sobre lo principal condenar al que hubiere trastornado ò sustraido los mojones *in id quod actoris intersit.* (*) Asi es que cuando Justiniano dice *eo quoque nomine condemnandus est quisque, hoc judicio, quod forte circa finis aliquid malitiose commisit*, se entiende de la condenacion civil, y no de la criminal.

(‡) Feb. tom· 1.º pag 265 y siguientes. Elizondo tom. 3. pàg. 108 y siguientes.

(*) Vinnius *in coment. ad instit.* lib. 4º tít. 17. § 6.

Capítulo X.

JUICIOS SUMARIOS DE MINAS.

593. Antes de nuestra revolucion solo se trabajaban los ricos minerales de los vircinatos de Méjico, Santa-Fé de Bogotà, hoy Repùblica de Colombia, Perù, y de las capitanias generales en nuestra América. En el vireinato de las Provincias del Rio de la Plata ùnicamente se trabajaban las minas del bajo Perú; porque aunque las hay muy ricas en algunas de las provincias ó no se trabajaban, ó su labor era en pequeño, é insignificante, como sucedia en el asiento de Famatina, en Uspallata, en la Carolina, en la Rinconada, y otras partes. Asì es, que los abogados del distrito de la audiencia de Buenos Aires rarìsima vez se ejercitaban en este género de causas, y muchos no tenian un anterior conocimiento del modo de seguirlas. Pero hoy que la Repùblica Argentina se ha circunscripto á lìmites mas estrechos, luego que consiga una tranquilidad sòlida y permanente, fomentarà el trabajo de sus minas de oro y plata, las cuestiones sobre su adquisicion, propiedad, posesion, despueble, demasias, enagenacion, y otras emergentes de este ramo serán mas frecuentes; y conviene que los jóvenes dedicados à la profesion tengan conocimientos pràcticos del órden y modo de dirigirlas.

594. En los juicios de minas se trata del modo de adquirirlas, de su propiedad ò posesion, de su enagenacion por venta, traspaso, permuta, donacion, ú otro contrato entre vivos, y de otras emergencias menos principales, como son la denuncia de demasias, ù otros quebrantamientos del derecho que rige en este ramo.

595. El juez competente de este gènero de causas era antes el alcalde mayor de minas. Por el artículo 19 de las declaraciones á la órden de 8 de Diciembre de 1785 era el subdelegado de cada partido, ó juez territorial, y diputaciones, y en el dia no habiendo jueces subdelegados en nuestra Repûblica, ni dispuesto las legislaturas innovacion alguna en el particular, deben ser jueces de minas los tenientes de gobernador, donde los haya, ó los mismos gobernadores, hasta que el poder legislativo arregle las magistraturas, y el ejercicio de la jurisdiccion. La jurisdiccion de minas ha sido y es hasta hoy privativa, à escepcion de los casos en que se demandaren minas por tìtulo de compra y venta, donacion, traspaso, compañia, herencia, ú otros no contenidos en las Ordenanzas; pues estos juicios pueden promoverse, continuarse, y concluirse ante los jueces ordinarios respectivos.

596. Todos los juicios de minas son sumarios, y aun los que competen á los jueces ordinarios, son de igual naturaleza, debiendose sin embargo guardar el òrden de derecho. (*)

597. En el entable, substanciacion, y determinacion de las causas sobre minas, rigen las ordenanzas de mineria, que antes se llamaban municipales, que son las formadas por el Virey D. Francisco de Toledo publicadas por el Duque de la Palata: las declaraciones à la òrden de 8 de Diciembre de 1785, y las cédulas y òrdenes posteriores; y en los casos no espresados en ellas deben guardarse las leyes Indianas, y las de Castilla, en cuanto no se

(*) Tít 9. art 1.° de las Ordenanzas.

opongan á lo establecido en dichas Ordenanzas, y sea adaptable á nuestro sistema de gobierno, hasta que por nuestras leyes patrias otra cosa se sancionare. Hablaremos del modo práctico de promover, seguir y concluir estos juicios en los artículos siguientes.

ARTICULO 1.º

JUICIO DE REGISTRO.

598. El primero y mas natural medio, ó modo de adquirir el derecho de propiedad, y posesion de una mina de metal precioso, es el registro, que es cabalmente la invencion y ocupacion. El que descubre en terreno virgen, una mina nueva debe, para adquirir su propiedad, hacer una manifestacion pública de ella ante la autoridad respectiva, y pedir su adjudicacion, (*) y el juicio que á este intento se promueve, se llama Registro. Su forma es la siguiente. Dentro de treinta dias, (†) ó dentro de tres meses, si es indio el descubridor, (‡) se presenta por escrito ante el juez de minas, que como se ha dicho es por ahora en nuestra República el que ejerce la jurisdiccion de hacienda, designando el lugar, donde se halla la mina que ha descubierto, manifestando el metal, y la plata en pella, (si tal fuere), que ha sacado de la veta, espresando el nombre que pone á la mina, señalando la estaca que corresponde al Fisco, ó al Estado, en la mejor parte despues de la descubridora, todo bajo de juramento en forma, (¶) y pidiendo en conclusion, que

(*) Tit. 1. art. 4.
(†) Art. cit.
(‡) Tit. 1. art. 10.
(¶) Art. 4. tit. 1.

habiendo por registrada la referida mina, se le adjudiquen las ochenta varas pertenecientes á la descubridora (*) con las aspas, cruceros, vetitas, cuadras, y todo lo accesorio, que se hallare en ellas: que se le adjudique tambien la estaca salteada de sesenta varas, (†) é igualmente la del Fisco, que por cédula del año de 1792 se concediò al descubridor, para trabajarlas todas conforme à Ordenanza.

599. A este escrito provee el juez adjudicàndole las tres minas ó estacas referidas, la descubridora, la del Fisco, y la salteada, mandando en consecuencia, se le dé posesion de ellas, prévia mensura y amojonamiento, y concediéndole licencia para que proceda à su labor con calidad de que dentro de sesenta dias ha de escabar un pozo en la mina de seis varas de hondo y tres de largo, bajo la pena de perderla, y poderse adjudicar á otro, si así no lo verificare. (‡)

600. Y téngase presente que esto mismo debe mandarse ejecutar à los que sucesivamente pidieren y pusieren estacas en la veta registrada, ordenándose que depositen antes cien pesos á efecto de escabar uno ò dos pozos de seis estados de hondo y tres varas de boca (¶) en los puntos que el descubridor tuviere por convenientes, si no se hallare veta y metal fijo: todo con el fin de evitar que tanto el descubridor, como los demas que hubiesen obtenido estacas, mantengan las minas sin labrar, en perjuicio del erario nacional, y del interes pùblico.

(*) Tit. 1 art. 9.
(†) Art. cit.
(‡) Tit. 7. art. 1. Gutier. Pront. de los juic. cap. 16.
(¶) Tit. 1. Art. 11.

ARTICULO 2.°

DENUNCIO DE MINAS POR DESPUEBLE.

601. El dueño de mina de metal precioso es obligado por la Ordenanza á mantenerla poblada, y trabajarla de continuo: (*) de suerte, que si la deja de trabajar por un año y un dia, pierde su derecho, y lo adquiere el que la denuncia, probando su abandono por el tiempo dicho.

602. Este es el segundo modo de adquirir las minas antiguas, y trabajadas ya, ó al menos empezadas á trabajar. El órden del juicio de despueble es el siguiente. Se presenta el denunciador ante el juez de minas, designando la que se halla despoblada por mas de un año y un dia, y el lugar, ò cerro donde está situada: espresando si tiene metal, ò no; si está aguada, y quien la poseia antes de hallarse abandonada: ofreciendo producir la informacion sumaria que acredite el despueble: y pidiendo en conclusion, que dada en la parte que baste, se le adjudique y dè la posesion, prometiendo ahondar dentro de sesenta dias la cata, ò pozo que se hallare empezado.

603. El juez provee à este escrito, admitiendo la denuncia, y mandando recibir la informacion con citacion personal del anterior poseedor, si se hallare presente; y si estuviere ausente, por tres edictos ó pregones, que deberán darse y fijarse el primero, el dia en que constare por diligencia hallarse ausente, el segundo á los cinco

(*) Cual deba ser el trabajo, véase el Art. 3. tit. 7.

dias, y el tercero á los nueve. (*) Mas si no compareciere, vencido el término de los edictos, ò no se supiere quien es, se le debe nombrar defensor conforme à derecho, y con citacion de este se recibirà la informacion. Luego de concluida se darà en traslado al poseedor de la mina ò su defensor, y con su contestacion se concluye la causa: se recibe à prueba con el término de seis dias y no mas, (†) si no es con grave causa, y con la calidad de todos cargos. Vencido el término de prueba, se resuelve definitivamente, (‡) espresàndose en la sentencia el artìculo de la Ordenanza en que se funda.

604. El juicio de denuncia por despueble debe acabarse dentro de treinta dias desde que se presentò el pedimento por el denunciante, sò la pena de perder este su derecho, si dentro del referido término por negligencia, ó culpa suya no se hubiese concluido la causa y puesto en estado de sentencia.

605. Si la mina se declarare despoblada, debe adjudicarse al denunciante, y mandarse en la misma sentencia, se le dé posesion con el cargo de ahondar hasta cuatro estados, y dentro de sesenta dias, el pozo ò cata que hallare empezado, ó que eligiere de nuevo, só la pena de perder la mina si asì no lo verificare; (¶) para cuyo efecto debe medirse ante el juez el hondo que tuviere al tiempo de la adjudicacion. Tambien se le debe imponer en la sentencia el cargo de llevar cuenta y razon de los productos de la mina, y dar fianza

(*) Tit. 7. art. 3.
(†) Tit. 7. art. 3.
(‡) Art. cit. al fin.
(¶) Tit. 7. art. 2.

bastante de devolverle al denunciado, si apelando venciere en el recurso. (*) Pero si en la sentencia se declarare no haber sido abandonada la mina denunciada, como queda entonces en su posesion el denunciado, debe solamente imponersele la obligacion de llevar cuenta y razon de los productos, para el caso de revocarse la sentencia. (†)

606. Es muy especial y digna de notarse la disposicion que rige con respecto á los minerales de Potosí, por cèdula del año de 1750 mandada cumplir por aquel Gobierno el año de 53, en la cual se previene que abandonada una mina por un mes y un dia, se tenga por despoblada sin necesidad del año y un dia, que fija la Ordenanza general.

ARTICULO 3.°

JUICIOS SOBRE OTROS MODOS MENOS PRINCIPALES DE ADQUIRIR LAS MINAS.

607. Nadie puede poseer mas minas, que las permitidas por la Ordenanza, ni puede tener mas varas, que las que se le hubieren designado segun la clase de mina que posee. Este exceso se llama demasia, y puede ser denunciado toda vez que el poseedor reusare darle dentro de tercero dia, mejoràndose en la forma y términos permitidos: en cuyo caso el juez con citacion de este puede adjudicar las demasias al denunciante. (‡)

608. Tambien hay otros juicios promovidos por de-

(*) Tit. 9. art. 3.
(†) Art. cit.
(‡) Tit. 2. art. 1.

nuncia en el caso de no haber dado el pozo de seis varas de hondo, y tres de largo, el que registró una mina y obtuvo su adjudicacion, (*) ò por no haber adelanado los cuatro estados el que la obtuvo por despueble; (†) ò por haberla enagenado el poseedor sin estar puesta en diez estados, (‡) ó por ser el poseedor persona prohibida de tener minas, ó por haber mudado los mojones puestos por autoridad de la justica. (¶) En cualquiera de estos casos, el denunciante se presenta refiriendo el hecho, y ofreciendo justificarle, y pide que se le adjudique la mina conforme á Ordenanza. El juez substancia el juicio con citacion y audiencia del denunciado breve y sumariamente, sabida la verdad, y lo determina segun el mérito que resulte. (††)

ARTICULO 4.°

MODO DE ENAGENAR LAS MINAS POR CONTRATO ENTRE VIVOS. (‡‡)

609. Es prohibido por la Ordenanza enagenar las minas por venta, traspaso, permuta, donacion, ú otro contrato traslativo de dominio sin espresa licencia del juez territorial; y cuando se pretende hacer enagenacion por contrato, el que intenta hacerla, se presenta ante el juez de minas designando la que solicite enagenar, la persona á quien, ó con quien la contrata, en que precio,

---

(*) Tit. 7. art. 1.
(†) Tit. 7. art. 1.
(‡) Tit. 7. art. 2.
(¶) Tit. 3. art. 8.
(††) Tit. 7. art. 2.
(‡‡) Sobre todo este § véase al D. Gutier. Pract. de los juic. cap. 16 § 3. y Escolano. Gasotilacio Real lib. 2 part. 2. cap. 1.

y demas circunstancias del negocio, jurando que el contrato no es simulado, sinó cierto y verdadero, y pidiendo que recibida informacion de su legítimo valor, se le conceda licencia judicial para verificar el contrato. Si la mina se le hubiese adjudicado por despueble, deberá espresar en el pedimento, que se halla en los diez estados prevenidos por la Ordenanza, y pedir se haga la debida mensura para comprobarlo. El juez provee, mandando se reciba la informacion de oficio sobre el valor de la mina, y resultando de ella, ser legítimo el precio estipulado, concede la licencia para su enagenacion bajo la calidad de que los contratantes han de presentar dentro de un año la aprobacion del Gobierno superior, pena de nulidad del contrato.

610. Á consecuencia de estas diligencias, y otorgada la escritura pública, comparece el comprador, donatario, ó persona á cuyo favor se ha hecho la enagenacion y pide ante el juez de minas la posesion de la adquirida, jurando igualmente ser el contrato cierto, y no simulado, y que no ha de reclamarle, bajo las penas establecidas, y el juez provee, mandando en todo como se pide. Mas es de notar que hecha la venta de minas con las formalidades dichas, y las demas que el derecho exige, no puede rescindirse ni admitirse demanda de rescision, ó nulidad, aunque se alegue engaño, ò lesion enormìsima por los contratantes, y aunque estos sean privilegiados, y ofrezcan pruebas; (*) porque este es un contrato aleatorio, en que la pérdida ó ganancia viene de su misma naturaleza.

(*) Tit. 9. art. 11.

ARTICULO 5.°

JUICIOS POSESORIOS Y PETITORIOS DE MINAS.

611. Puede ser turbado en su posesion el que posee, ò se considera con derecho á poseer minas por título de herencia, ó por legado, ó por otra razon legítima, y puede tambien ser despojado el poseedor, y en estos casos tiene expeditos los remedios posesorios ó interdictos, *quorum bonorum, uti possidetis, ó unde vi*, que concede el derecho para adquirir, conservar, ó recuperar la posesion. Pero aunque ha de guardarse el òrden substancial de estos juicios, debe procederse en ellos breve y sumariamente, y determinarse á verdad sabida sin permitir dilaciones, como previene la Ordenanza; y en la sentencia debe siempre espresarse el artìculo de la Ordenanza, en que se funda.

612. La sentencia en los juicios posesorios ha de ejecutarse sin embargo de apelacion, con calidad de que si el actor demandante obtuvieré por la sentencia la posesion de la mina, ha de dar fianza de llevar y dar cuenta y razon de su producto para el caso de revocarse en grado de apelacion por el tribunal superior; pero si obtuviere el demandado, no es obligado á dar fianza, sino á llevar cuenta y razon para darla, si el superior revocare la sentencia. (*)

613. El juicio petitorio puede promoverse ó en virtud de haberse reservado en la sentencia del posesorio, ó intentando la reivindicacion de la mina que otro posee

(*) Tit. 9. art. 3.

pacíficamente. En uno y otro caso se debe poner la demanda dentro de tres meses bajo la pena de perder el derecho que hubiere, (*) y ha de seguirse y substanciarse como cualquier pleito ordinario, pero sin permitir dilaciones; porque debe concluirse á los seis meses. (†) Durante el juicio de propiedad el actor debe pedir, y el juez mandar, que el poseedor lleve cuenta y razon de los metales, que estrajere de la mina, hasta la resolucion definitiva; pero pasado el semestre sin haberse concluido cesa dicha obligacion, aunque la sentencia le sea contraria, si la dilacion no fuè causada por su parte. (‡)

614. No es de nuestro intento tratar aqui de otros juicios asì civiles como criminales, (§) que la Ordenanza establece en materia de minas, y que corresponden mas bien à la policia y gobierno de este ramo, que al derecho entre partes. Tales son los que conciernen á la labor de las minas, á los mineros, al trabajo de los indios, á su pago, al repartimiento de las mitas en los ingenios, cuando las habia en Potosì, á los arrendamientos, y otras ocurrencias sobre mineria. Trataremos brevemente y por conclusion del recurso de apelacion en este genero de causas.

ARTICULO 6.º

DEL RECURSO DE APELACION EN LOS JUICIOS DE MINAS.

615. El recurso de apelacion en las causas de minas debe interponerse y otorgarse directamente para los tribunales superiores, cual es en nuestra provincia, la Cámara

(*) Art. cit.
(†) Art. cit.
(‡) Art. cit.
(§) Sobre el Juicio criminal vease el Dr Gutier. cap. 16. § 7.

de Justicia. La Ordenanza previene, que se substancie el grado ante el mismo juez de minas, que conoció en primera instancia, encabezando los escritos con el tratamiento ó dictado del tribunal superior, y que despues de substanciado se remita el proceso al tribunal para su resolucion, la cual debe llevarla el apelante à los noventa dias; pero ya es práctica y estilo constante seguirse y substanciarse el recurso en el mismo tribunal *ad quem* con los dos escritos de cada parte, como en los demas pleitos civiles, sin estarse al preciso tèrmino de los noventa dias, ya por el volúmen de los procesos, ya por la multitud de negocios que allì penden, y tambien por el descuido de las mismas partes. (*)

616. Debe sin embargo tenerse presente, que los pleitos de minas son preferibles á todos los demas por especial encargo de las leyes.

617. Los jueces y tribunales deben sentenciar las causas de minas con arreglo á las ordenanzas llamadas municipales: en los casos, que estas no espresaren, deben arreglarse á las leyes conocidas por de Indias, y en defecto de estas, à las de Castilla en cuanto sean adaptables.

(*) Tit. 9. art. 3. Gutier. cap. 16. § 8.



INDICE GENERAL.

TRATADO 1.º

TRATADO 2.°

TRATADO 3.°

ÍNDICE.

FE DE ERRATAS.

PAG.	LINEA	DICE	LEASE
12	cita 2.ª	L. 20 tit. 14 part. 3.ª	*L.* 20 *tit.* 14 *part.* 5.ª
15	7	1824	1821
23	2	derechamante	*derechamente*
24	cita 5.ª	Registro	*Reglamento*
26	17	cosas	*causas*
32	4	ni	*in*
id.	16	advetrium	*advitrium*
67	4	capítulo 192	*capitulo* 1 § 2
83	20	escribnno	*escribano*
93	26	alegarlos	*alargarlos*
132	6	elles	*ellos*
135	cita 1.ª	part. ª	*part.* 1.ª
156	cita 2.ª	L. 2 lib 4 part. 3	*L.* 2 *tit.* 13 *P.* 3
202	cita 1.ª	lib 5 C.	*lib.* 5 *R. C.*
220	cita 1.ª	sigiere	*rigiere*
224	25	escribano	*escribano*

TERMINOS DE PRUEBA

Y

EMPLAZAMIENTO.

		Prueba.			Emplazam.
Reyno de España..	España...............	18 meses	"		1 año.
"...............	Felipinas.............	3 años	"		2 id.
Nueva España.....	Mégico, y su Provincia.	2 id.	"		1 id.
Santa-Fé de Bogotá.	Santa-Fé de Bogotá....	18 meses	"		1 id.
Provincia de Quito..	Quito y su distrito.....	16 id.	"		8 meses.
"...............	Lima y su distrito......	1 año	"		8 id.
Reino de Chile....	Santiago	6 meses	"		3 id.
	Concepcion de Chile....	8 id.	"		4 id.
	Coquimbo.............	8 id.	"		4 id.
Int.ª de Puno.....	Puno y su partido.....	300 dias	"		150 dias
Id. de la Paz.......	Paz y su partido......	225 id.	"		125 id.
Id. de Cochabamba..	Cochabamb. y su partido	250 id.	"		125 id.
	Sta. Cruz de la Sierra...	270 id.	"		135 id.
Provincia de Mojos..	Mojos................	1 año	"		8 meses.
Id de Chiquitos.....	Chiquitos	1 id.	"		8 id.
Int.ª de la Plata...	Plata y su partido......	220 dias	"		110 dias.
Id. de Potosí.......	Potosí y su partido....	220 id.	"		110 id.
Id. de Salta........	Salta	140 id.	"		70 id.
	Jujúy................	140 id.	"		70 id.
	Catamarca	140 dias	"		70 id.
Int.ª de Cordoba..	S. Miguel del Tucuman.	120 id.	"		60 id.
	Santiago del Estero....	120 id.	"		60 id.
	Córdoba y su partido...	100 id.	"		50 id.
	Rioja.................	140 id.	"		70 id.
	San Juan.............	140 id.	"		70 id.
	Mendoza.............	130 id.	"		65 id.
	Punta de San Luis.....	120 id.	"		60 id.
Int.ª del Paraguay.	Asumpcion y demas lug.	200 id.	"		100 id.
Provincia del Rio de la Plata	Lujan..	24 id.	"		12 id.
	Santa-Fé............	120 id.	"		60 id.
	Corrientes............	140 id.	"		70 id.
	Colonia	20 id.	"		10 id.
	Montevideo...........	40 id.	"		20 id.
	Maldonado............	60 id.	"		30 id.

